



# UNIVERSITAT DE BARCELONA

## La fase precontractual del contrato de franquicia

Josep M. Solé Fauste

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

---

**Facultat de Dret**

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de Investigación: Derecho Mercantil

**LA FASE PRECONTRACTUAL DEL  
CONTRATO DE FRANQUICIA**

Director:      RAFEL GUASCH MARTORELL

Tutor:         RAFEL GUASCH MARTORELL

Codirector:    MIQUEL ANGEL PETIT SEGURA

**JOSEP M. SOLE FAUSTE**

Barcelona, 11 de Julio del 2021

# INDICE

<i>RESUMEN</i>	7
<i>RESUM</i>	8
<i>ABSTRACT</i>	9
<i>INTRODUCCIÓN</i>	13
<i>CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES INICIALES DE LA FRANQUICIA</i>	18
1. HISTORIA DE LA FRANQUICIA	18
2. FUNDAMENTO ECONÓMICO	22
<i>CAPITULO II EL CONTRATO DE FRANQUICIA</i>	30
1. ANTECEDENTES NORMATIVOS	30
1.1 EL DERECHO NACIONAL	30
1.2 DERECHO COMPARADO	34
1.3 EL DERECHO DE LA UE	63
1.3.1 EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	64
1.3.2 EL CÓDIGO DEONTOLÓGICO EUROPEO DE LA FRANQUICIA.	71
1.3.3 LA SENTENCIA DEL CASO PRONUPTIA	73
1.4 RECAPITULACIÓN	81
2. EL CONCEPTO DE FRANQUICIA	83
2.1 DERECHO NACIONAL	83
2.2 DERECHO COMPARADO	87
2.3 EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	93
3. REQUISITOS DEL CONTRATO	95
3.1 EL CONSENTIMIENTO	95
3.2 EL OBJETO	97
3.2.1 LA MARCA	98
3.2.2 EL <i>KNOW HOW</i>	100
3.2.3 LA ASISTENCIA TÉCNICA Y LA FORMACIÓN	101
3.3 LA CAUSA	103
4. LAS PARTES INTERVINIENTES	104

4.1	CONSIDERACIONES GENERALES	104
4.2	EL FRANQUICIADOR	105
4.3	EL FRANQUICIADO	107
5.	CONTENIDO DEL CONTRATO	109
5.1	LOS CÁNONES Y LOS <i>ROYALTIES</i>	109
5.2	LA EXCLUSIVIDAD TERRITORIAL	111
5.3	LA PUBLICIDAD	113
5.4	EL CONTROL	114
6.	DISTINCIÓN CON FIGURAS CONTRACTUALES AFINES	115
6.1	EL CONTRATO DE COMISIÓN	117
6.2	EL CONTRATO DE AGENCIA	120
6.3	EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN	124
7.	CLASES DE FRANQUICIA	130
7.1	POR LA ACTIVIDAD DEL FRANQUICIADO	130
7.1.1	FRANQUICIA INDUSTRIAL	131
7.1.2	FRANQUICIA DE SERVICIOS	132
7.1.3	FRANQUICIA COMERCIAL	132
7.2	POR EL NÚMERO DE FRANQUICIAS DEL FRANQUICIADO	133
7.2.1	MONO FRANQUICIAS	133
7.2.2	MULTI FRANQUICIAS	134
7.2.3	MÁSTER FRANQUICIAS	134
7.3	FRANQUICIAS PARTICIPADAS	143
8.	NATURALEZA JURÍDICA	143

***CAPITULO III: CONSIDERACIONES INICIALES DE LA FASE PRECONTRACTUAL*** **148**

1.	OBJETIVOS DE LAS PARTES	148
2.	VENTAJAS PARA LAS PARTES	149
2.1	VENTAJAS PARA EL FRANQUICIADOR	150
2.2	VENTAJAS PARA EL FRANQUICIADO	153
3.	RIESGOS PARA LAS PARTES	157
3.1	CONSIDERACIONES GENERALES	157
3.2	RIESGOS DEL FRANQUICIADOR	158
3.3	RIESGOS DEL FRANQUICIADO	168
3.3.1	RIESGOS EXTRA CONTRACTUALES	170
3.3.2	RIESGOS CONTRACTUALES	176
3.3.3	POR LAS CARACTERÍSTICAS DEL CLAUSULADO DEL CONTRATO	178

<b>4.</b>	<b>EL PROCESO DE ADHESIÓN A UNA RED DE FRANQUICIAS</b>	<b>210</b>
4.1	CONSIDERACIONES GENERALES	210
4.2	CONOCIMIENTO DE LA FRANQUICIA	212
4.3	SELECCIÓN Y TOMA DE CONTACTO	212
4.4	ANÁLISIS DEL MERCADO DE FRANQUICIA	214
4.5	ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA	215
4.6	ANÁLISIS LEGAL DEL FRANQUICIADOR Y DE LA FRANQUICIA	217
4.7	CASUÍSTICA EN EL PROCESO DE ADHESIÓN	218
4.8	LA <i>DUE DILIGENCE</i>	219
<b>5.</b>	<b>REQUISITOS PARA FRANQUICIAR</b>	<b>220</b>
5.1	CONSIDERACIONES GENERALES	220
5.2	DERECHO COMPARADO	223

***CAPITULO IV: EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA*** **231**

<b>1.</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>231</b>
<b>2.</b>	<b>LOS RECURSOS NORMATIVOS</b>	<b>236</b>
2.1	EL DERECHO NACIONAL	237
2.2	LA UNIÓN EUROPEA	238
2.3	DERECHO COMPARADO	244
2.4	EL <i>SOFT LAW</i> DE LA CONTRATACIÓN	262
2.4.1	CONSIDERACIONES GENERALES	262
2.4.2	LOS PRINCIPIOS DEL D. EUROPEO DE LOS CONTRATOS (PECL)	265
2.4.3	EL PROYECTO DE PAVÍA DE CÓDIGO EUROPEO DE LOS CONTRATOS	268
2.4.4	LOS PRINCIPIOS <i>UNIDROIT</i>	270
2.4.5	<i>PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW (DCFR/MCR)</i>	272
<b>3.</b>	<b>EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE</b>	<b>277</b>
3.1	CONSIDERACIONES GENERALES	277
3.2	DERECHO NACIONAL	281
3.3	LAS PROPUESTAS MODERNIZADORAS DE LA CONTRATACIÓN	285
3.4	DERECHO COMPARADO	286
<b>4.</b>	<b>LOS TRATOS PRELIMINARES</b>	<b>294</b>
4.1	NATURALEZA JURÍDICA	299
4.2	TRATOS PRELIMINARES Y OFERTA-ACEPTACIÓN	302
4.3	INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CONTRATO	304
4.3.1	INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS	305
4.3.2	INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS	311
<b>5.</b>	<b>ACUERDOS PREVIOS AL CONTRATO</b>	<b>313</b>
5.1	LA CARTA DE INTENCIONES	314
5.2	EL PRECONTRATO	314
5.3	LA OPCIÓN DE COMPRA	316

<b><i>CAPITULO V: INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y REGISTRO DE FRANQUICADORES</i></b>	<b>317</b>
<b>1. CONSIDERACIONES GENERALES</b>	<b>317</b>
<b>2. RECURSOS NORMATIVOS</b>	<b>321</b>
<b>2.1 DERECHO NACIONAL</b>	<b>321</b>
2.1.1 EL ART. 62 LEY 7/1996 LOCM	322
2.1.2 EL RD 201/2010 DE 26 DE FEBRERO	325
2.1.3 LA PROPUESTA DE MODERNIZACION DEL CÓDIGO CIVIL	329
2.1.4 EL ANTEPROYECTO DE LEY PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL	332
<b>2.2 LA BUENA FE Y EL DEBER DE INFORMACIÓN</b>	<b>338</b>
<b>2.3 EL CÓDIGO DEONTOLÓGICO EUROPEO DE LA FRANQUICIA</b>	<b>340</b>
<b>2.4 EL <i>SOFT LAW</i> DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO E INTERNACIONAL</b>	<b>341</b>
<b>2.5 DERECHO COMPARADO</b>	<b>349</b>
<b>3. ASIMETRÍAS INFORMATIVAS</b>	<b>390</b>
<b>3.1 IGUALDAD Y DESIGUALDAD</b>	<b>391</b>
<b>3.2 DÉFICIT DE INFORMACIÓN Y RACIONALIDAD IMPERFECTA</b>	<b>392</b>
<b>4. LA BILATERALIDAD DEL DEBER DE INFORMACIÓN</b>	<b>394</b>
<b>4.1 CONSIDERACIONES GENERALES</b>	<b>394</b>
<b>4.2 EN <i>SOFT LAW</i> DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO E INTERNACIONAL</b>	<b>395</b>
<b>4.3 EN DERECHO COMPARADO</b>	<b>396</b>
<b>4.4 RECAPITULACIÓN</b>	<b>398</b>
<b>5. FUNDAMENTO Y OBJETO DEL DEBER DE INFORMACIÓN</b>	<b>399</b>
<b>5.1 FUNDAMENTO</b>	<b>399</b>
<b>5.2 OBJETO</b>	<b>399</b>
<b>6. FUNCIÓN Y FINALIDAD DEL DEBER DE INFORMACIÓN</b>	<b>403</b>
<b>7. OFERTA E INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL</b>	<b>406</b>
<b>8. LOS PRINCIPIOS DEL DEBER DE INFORMACIÓN</b>	<b>407</b>
<b>9. MODALIDADES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL</b>	<b>410</b>
<b>9.1 LA INFORMACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA</b>	<b>411</b>
<b>9.2 LA PUBLICIDAD COMERCIAL DE CAPTACIÓN</b>	<b>415</b>
<b>9.3 EL DOSIER INFORMATIVO</b>	<b>419</b>
<b>9.4 LA INFORMACIÓN ECONÓMICAMENTE ACCESIBLE</b>	<b>421</b>
<b>10. EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD</b>	<b>422</b>
<b>10.1 CONSIDERACIONES GENERALES</b>	<b>422</b>
<b>10.2 EL ENTORNO REGULATORIO</b>	<b>424</b>
<b>10.2.1 DERECHO NACIONAL</b>	<b>424</b>

10.2.2	LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL	426
10.2.3	EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL	428
<b>10.3</b>	<b>EL <i>SOFT LAW</i> DE LA CONTRATACIÓN</b>	<b>430</b>
10.3.1	LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS (PRINCIPIOS LANDO)	430
10.3.2	EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA (MCR/DCFR)	431
<b>10.4</b>	<b>DERECHO COMPARADO</b>	<b>433</b>
<b>11.</b>	<b>LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO</b>	<b>434</b>
11.1	CONSIDERACIONES GENERALES	434
11.2	DERECHO NACIONAL	434
11.3	EL <i>SOFT LAW</i> DE LA CONTRATACIÓN	459
11.4	EN DERECHO COMPARADO	464
11.5	CASUÍSTICA REAL DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO	468
11.5.1	VICIOS DEL CONSENTIMIENTO DEL FRANQUICIADO	469
11.5.2	VICIOS DEL CONSENTIMIENTO DEL FRANQUICIADOR	471
<b>12.</b>	<b>EL REGISTRO DE FRANQUICIADORES</b>	<b>473</b>
12.1	CONSIDERACIONES GENERALES	473
12.2	EL REAL DECRETO 2485/1998	474
12.3	LA PRIMERA REFORMA: EL RD 419/2006	477
12.4	LA SEGUNDA REFORMA: EL RD 201/2010	478
12.5	EL RD 20/2018 DEROGA EL REGISTRO DE FRANQUICIADORES	482
12.6	EL REGISTRO DE FRANQUICIADORES EN EEUU	484
12.7	EL REGISTRO DE FRANQUICIADORES Y LA SEGURIDAD JURÍDICA	485
	<b><i>CAPÍTULO VI: LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL</i></b>	<b>488</b>
1.	CONSIDERACIONES GENERALES	488
2.	LA CULPA <i>IN CONTRAHENDO</i> : SEGÚN IHERING	491
3.	RECURSOS NORMATIVOS	494
3.1	DERECHO NACIONAL	495
3.2	DERECHO COMPARADO	501
3.3	EL <i>SOFT LAW</i> DE LA CONTRATACION	516
3.3.1	LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS	517
3.3.2	EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA	520
3.3.3	LOS PRINCIPIOS UNIDROIT	522
3.3.4	EL PROYECTO DE PAVÍA DE CÓDIGO EUROPEO DE LOS CONTRATOS	523
3.4	EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE	523
4.	NATURALEZA JURÍDICA	525
5.	RUPTURA DE LOS TRATOS PRELIMNARES	532
5.1	CONSIDERACIONES GENERALES	532
5.2	UNA CONFIANZA QUE SE HA DE TUTELAR	536
5.3	CASUÍSTICA DE LA RUPTURA DE TRATOS EN DER. COMPARADO	537

<b>6. EL DEBER DE INFORMACIÓN</b>	<b>545</b>
<b>6.1 CON CONTRATO INVÁLIDO</b>	<b>546</b>
<b>6.2 CON CONTRATO VÁLIDO</b>	<b>548</b>
<b>7. EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD</b>	<b>549</b>
<b>8. REMEDIOS</b>	<b>550</b>
<i>CONCLUSIONES</i>	<b>553</b>
<i>RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES</i>	<b>571</b>
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	<b>582</b>



## RESUMEN

El trabajo de esta labor investigadora esta centrado en la fase precontractual de uno de los contratos mas utilizados en nuestro pais en las últimas décadas, en las que se inició y desarrolló la actividad franquiciadora como una modalidad de distribucion comercial. Un volumen de actividad que todo y siendo importante equivale a la mitad de la mayoría de paisos anglosajones. Este infradesarrollo dentro del espacio de la UE, algunos autores lo atribuyen a la escasa y dispar regulación sobre la materia en estos países.

Esta fase precontractual tiene en la UE una regulacion muy escasa y en algunos casos inexistente, por lo que los tribunales deben recurrir en primera instancia a las normas del Derecho Civil y especialmente al principio de la buena fe. La única regulacion especial contenida en nuestro derecho positivo, la encontramos en el art. 62 de la Ley 7/1996 LOCM y en el RD 201/2010, que reglamentariamente la desarrolla, limitandose a concretar en que consiste la actividad comercial en régimen de franquicia, el deber de información por parte del franquiciador y el deber de confidencialidad por parte del franquiciado.

En la mayoría de los países solo se da una tutela precontractual al franquiciado, considerado como la parte débil del contrato, llegando a equipararse en algunos de ellos con la figura del consumidor para una mayor proteccion de este. Surgiendo la interesante duda sobre la necesidad de considerar una tutela para el franquiciador, quien tambien incurre en riesgos importantes con este tipo de contratacion.

Llegados a este punto, surge la necesidad de dar respuesta a dos interesantes planteamientos relacionados con esta fase precontractual: 1) Suficiencia de la regulación española de la fase precontractual del contrato de franquicia. 2) Suficiencia de la tutela que la normativa española actual ofrece a las partes intervinientes en la fase precontractual del contrato de franquicia.

Con esta finalidad, he recorrido a las normas de nuestra legislacion vigente, a la doctrina y a las resoluciones de los tribunales tanto nacionales como del derecho comparado de EEUU y Gran Bretaña como representantes del *common law* y Francia, Alemania e Italia del *civil law*.

## RESUM

El treball d'aquesta tasca investigadora està centrat en la fase precontractual d'un dels contractes més utilitzats en el nostre país en les últimes dècades, en què es va iniciar i desenvolupar l'activitat franquiciadora com una modalitat de distribució comercial. Un volum d'activitat que tot i sent important equival a la meitat de la majoria de països anglosaxons. Aquest infradesenvolupament dins de l'espai de la UE, alguns autors ho atribueixen a l'escassa i dispar regulació sobre la matèria en aquests països.

Aquesta fase precontractual té a la UE una regulació molt escassa i en alguns casos inexistent, de manera que els tribunals han de recórrer en primera instància a les normes de Dret Civil i especialment a el principi de la bona fe. L'única regulació especial continguda en el nostre dret positiu, la trobem en l'art. 62 de la Llei 7/1996 LOCM i en el RD 201/2010, que reglamentàriament la desenvolupa, limitant-se a concretar en què consisteix l'activitat comercial en règim de franquícia, el deure d'informació per part del franquiciador i el deure de confidencialitat per part del franquiciat.

En la majoria dels països només es dona una tutela precontractual al franquiciat, considerat com la part feble del contracte, arribant a equiparar-se en alguns casos amb la figura del consumidor per a una major protecció d'aquest. Sorgint el interessant dubte sobre la necessitat de considerar una tutela per al franquiciador, qui també incorre en riscos importants amb aquest tipus de contractació.

Arribats a aquest punt, sorgeix la necessitat de donar resposta a dos interessants plantejaments relacionats amb aquesta fase precontractual: 1) Suficiència de la regulació espanyola de la fase precontractual del contracte de franquícia. 2) Suficiència de la tutela que la normativa espanyola actual ofereix a les parts que intervenen en la fase precontractual del contracte de franquícia.

Amb aquesta finalitat, he hagut de recórrer a les normes de la nostra legislació vigent, a la doctrina i a les resolucions dels tribunals tant nacionals com de dret comparat dels EUA i Gran Bretanya com a representants del *common law* i França, Alemanya i Itàlia del *civil law*.

## **ABSTRACT**

The work of this research is focused on the pre-contractual phase of one of the most used contracts in our country in recent decades, in which the franchising activity began and developed as a form of commercial distribution. A volume of activity that all and being important is equivalent to half of the majority of anglo-saxon countries. Some authors attribute this underdevelopment within the EU space to the scant and disparate regulation on the matter in these countries.

This pre-contractual phase has very little regulation in the EU and in some cases non-existent, for which the courts must resort in the first instance to the rules of Civil Law and especially to the principle of good faith. The only special regulation contained in our positive law is found in art. 62 of Law 7/1996 LOCM and RD 201/2010, which regulates it, limiting itself to specifying what the franchise business consists of, the duty of information on the part of the franchisor and the duty of confidentiality on the part of the franchisee.

In most countries, the franchisee is only given pre-contractual protection, considered as the weak part of the contract, in some of them being equated with the figure of the consumer for greater protection of him. The interesting doubt arises about the need to consider a guardianship for the franchisor, who also incurs in significant risks with this type of contract.

At this point, the need arises to respond two interesting approaches related to this pre-contractual phase: 1) Sufficiency of the spanish regulation of the pre-contractual phase of the franchise contract. 2) Sufficiency of the protection that current spanish regulations offer to the parties involved in the pre-contractual phase of the franchise agreement.

To this end, I have gone to the norms of our current legislation, the doctrine and the resolutions of both national and comparative law courts of the United States and Great Britain as representatives of the common law and France, Germany and Italy of civil law.

## ABREVIATURAS

AAF	Asociación de Franquicias Alemana
AAFD	<i>American Association of Franchises and Dealers</i>
AEDF	Asociación Española de Defensa de los Franquiciadores
AIF	Asociación Italiana de Franquicias
APLCM	Anteproyecto de Ley de Código Mercantil
BDI	Beneficios Después de Impuestos
BFA	Asociación Británica de Franquiciadores
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch/Código Civil Alemán</i>
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCf	Código Civil Francés
CCi	Código Civil Italiano
CCom	Código de Comercio
CDAC	Comité de Desarrollo Comercial
CDEF	Código Deontológico Europeo de la Franquicia
CEE	Comisión Económica Europea
DCFR/MCR	Marco Común de Referencia para el Derecho privado europeo
DIP	Documento de Información Precontractual
DPI	Derechos de Propiedad Industrial
DTSA	<i>Defend Trade Secrets Act</i>
EBITDA	<i>Earnings Before Interest Taxes Depreciation and Amortization</i>
EEUU	Estados Unidos de América
EFF	<i>European Franchise Federation</i>
FBF	Federación Belga de Franquicias
FBI	<i>Federal Bureau of Investigation</i>
FDD	<i>Franchisor Disclosure Document</i>
FFF	Federación Francesa de la Franquicia
FIF	<i>Federazione Italiana Franchising</i>
FPR	<i>Financial Performance Representation</i>

FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
GFA	Asociación Alemana de la Franquicia
LCA	Ley de Contrato de Agencia
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LGP	Ley General de Publicidad
LOCM	Ley de Ordenación Comercio Minorista
LSC	Ley de Sociedades de Capital
NASAA	<i>North American Securities Administrators Association</i>
NFV	Asociación Belga de Franquicias
OLG	<i>Oberlandesgericht</i> /Tribunal Superior de Justicia Alemán
PECL	Principios del Derecho Contractual Europeo
PIB	Producto Interior Bruto
PMCC	Propuesta de Modernización del Código Civil
PP	Proyecto de Pavía
PU	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
REC	Reglamento de Exención por Categorías
ROI	<i>Return on Investment</i>
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SFDD	<i>State Franchise Disclosure Documents</i>
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios
UCC	<i>Uniform Commercial Code</i>
UCTA	<i>Unfair Contract Terms Act</i>
UE	Unión Europea
UFOC	<i>Uniform Franchise Offering Circular</i>

ULC	<i>Uniform Law Commission</i>
UNCITRAL	<i>United Nations Commission for the Unification of International Trade Law</i>
UNIDROIT	<i>Institut international pour l'unification du droit privé</i>
USPTO	<i>United States Patent and Trademark Office</i>

## INTRODUCCIÓN

El título seleccionado para esta tesis es “La Fase precontractual del contrato de franquicia”, que es aquel periodo de tiempo que transcurre desde que ambas partes, inician unos primeros contactos hasta el momento de la perfección del contrato. Proceso, que, al tratarse de un contrato complejo, también lo va a ser, y estará constituido por una serie de actividades, averiguaciones y negociaciones entre las partes que han de servir para llegar a alcanzar un consentimiento informado.

En parte de la doctrina científica y concretamente en autores nacionales<sup>1</sup> e internacionales<sup>2</sup>, encontramos referencias al concepto de “fase precontractual”, así como también las encontramos en la jurisprudencia nacional, en sentencias como la STS nº 532/2012, de 30 de julio, y en leyes nacionales como la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, motivo que nos ha conducido a abordar el tema en la presente tesis.

---

<sup>1</sup> NASARRE AZNAR, S. *Marketing y deberes precontractuales*, en AAVV. (2012). *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia, Tomo I. Coordinadores: VAQUERALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.* Barcelona: Atelier. Pág. 211. Según el autor “la publicidad a proveer en fase precontractual debe ser objetiva”. MAYORGA TOLEDANO, M. C. (2007). *El contrato mercantil de franquicia. 2ª Edición*. Comares. Pág. 53. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. (2015). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III. Pág. 1805. La autora hace referencia a dicha fase para abordar a continuación su definición, contenido y funciones”.

<sup>2</sup> CARTWRIGHT, J., & HESSELINK, M. (2009). *Precontractual Liability in European Private Law*. Cambridge. Pág. 13. El autor en su obra sobre la responsabilidad precontractual, viene a referirse al “precontractual stage”. Melato E. C. *Precontractual Liability*. En AA.VV. ELGAR, E. (2011). *Contract Law and Economics*. Massachusetts: University Sant Louis (USA). ELGAR, E. D. GEEST G. (2011). *Contract Law and Economics*. Massachusetts: University Sant Louis (USA). Massachusetts: University Sant Louis (USA). Pág. 9. La autora cita varias veces el concepto de “precontractual stage”, al referirse a la responsabilidad precontractual.

Es de resaltar la importancia que el sector de la franquicia tiene para la economía nacional<sup>3</sup>, estando integrado por 1.400 enseñas, 79.000 establecimientos, emplea a 300.000 trabajadores, creciendo a un 4.7 % anual, que es más del doble del Producto Interior Bruto (PIB) nacional y con unos niveles de facturación cercanos a los 32.000 millones de euros, lo que viene a representar el 2,7 % del PIB nacional.

En algunos países del mundo como Estados Unidos (EEUU) y Canadá este sector llega a representar hasta el 5 % del PIB nacional, volumen que representa casi el doble del de este sector en la UE. Además, mientras que en EEUU las empresas franquiciadoras han venido desarrollando tradicionalmente una gran expansión internacional, en la Unión Europea (UE) las enseñas son principalmente de ámbito local.

El hecho de que en EEUU este sector tenga el doble de volumen que el del conjunto de los países de la UE ha provocado que algunos juristas hayan llegado a afirmar la existencia de una barrera en el crecimiento de este sector en la UE, incluido España, debido a la escasa y dispar regulación sobre la materia en los países miembros, incapaces de generar un derecho privado uniforme que garantice mayor seguridad jurídica.

En la fase precontractual se llevan a cabo los llamados tratos preliminares, los cuales constituyen un elemento esencial para la formación del contrato, en los que las partes darán contenido a su voluntad contractual, la cual, a pesar de no constituir formalmente una relación contractual entre las partes, sí puede generar obligaciones jurídicas.

La fase precontractual de esta tipología de contratos tiene una regulación muy limitada en nuestro país, estando concretada en el art. 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) que define en que consiste la actividad comercial en régimen de franquicia y el deber de información por parte del franquiciador y en el Real Decreto (RD) 201/2010 de 26 de febrero, que desarrolla reglamentariamente la mencionada Ley 7/1996, definiendo en que consiste la actividad comercial en régimen de franquicia y supuestos que conteniendo coincidencias con esta no pueden considerarse como tal, y desarrollando también en que consiste el deber de información por parte del

---

<sup>3</sup> ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FRANQUICIADORES. (2019). *Servicio Estadístico*: <http://www.franquiciadores.com/wp-content/uploads/2019/03/Informe-La-Franquicia-en-España-2019.pdf>



franquiciador y el deber de confidencialidad por parte del franquiciado. Así pues, a nivel nacional cobra especial relevancia la aplicación del principio general de buena fe para aquellos aspectos que no se encuentran definidos en la actual regulación de esta fase preliminar del contrato de franquicia.

Es de destacar el hecho de que, para la realización de esta tesis, basada en la fase precontractual del contrato de franquicia, a nivel nacional ha sido necesario recurrir a fuentes muy diversas del derecho civil, del derecho mercantil y de la jurisprudencia nacional, dado que, ante el déficit normativo existente, los tribunales siempre han encontrado recursos jurídicos para resolver los conflictos surgidos durante o como consecuencia de los tratos preliminares habidos en la fase precontractual. En el ámbito nacional se ha tomado en consideración la aplicación del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (APLCM) y a las Propuestas de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (PMCC) en las versiones de la Comisión General de Codificación y de los Profesores de Derecho Civil. Habiendo acudido también los tribunales al derecho comparado, en el ámbito del *civil law* de la UE en los casos de Francia, Alemania e Italia y del *common law* en los de Gran Bretaña y EEUU, por su relevancia histórica y su desarrollo en relación con la franquicia a nivel internacional. Además de los principios y normas del *soft law* contractual europeo e internacional, y concretamente a los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL), la parte general del Código Europeo de los Contratos del Proyecto de Pavía, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, la Ley Modelo UNIDROIT y el Marco Común de Referencia para el Derecho privado europeo (DCFR). Todo ello, para definir y acotar el entorno normativo a nivel nacional e internacional, con el objetivo de analizarlo y poder encontrar posibilidades de mejora de nuestro derecho precontractual en el ámbito de franquicias.

En lo referente al derecho comparado de los países de la Unión Europea, a excepción de Italia, Francia y Alemania, la fase precontractual del contrato de franquicia está escasamente regulada, por no decir casi huérfana de regulación. De hecho, Italia es el único país que dispone de una regulación completa sobre la franquicia que abarca tanto la fase precontractual como la contractual, mientras que España y Francia regulan solamente el deber de información.

Los tribunales han de resolver, por tanto, en base al principio de la buena fe, a la doctrina jurisprudencial, a los contratos afines y a los principios y normas del *soft law* contractual europeo e internacional. Jugando un papel relevante, en algunos de estos países, las Asociaciones de Franquiciadores y Franquiciados que, a través de sus Códigos Éticos, establecen normas que son tenidas en cuenta por los diferentes tribunales nacionales.

Es de destacar el caso de Gran Bretaña, país que se rige por el *common law*, en el que, en lo relativo a la fase precontractual, no existe regulación legal, ni se tiene en consideración el principio general de la buena fe. Sin embargo, EEUU, en un estadio más evolucionado en la aplicación de la *common law* sí aplica este principio, al menos en la fase contractual, además de disponer de la regulación más exhaustiva en la actualidad en relación con la fase precontractual.

En la mayoría de los países solo se da una tutela precontractual al franquiciado, considerado como la parte débil del contrato, a través de la aplicación del deber de información del franquiciador; planteándose la necesidad de extender la tutela al franquiciador, quien incurre en el riesgo de sufrir un perjuicio derivado de la adhesión de un franquiciado inadecuado a su red de franquicias.

Llegados a este punto, surge la necesidad de dar respuesta a dos interesantes planteamientos relacionados con la normativa nacional relativa a la fase precontractual del contrato de franquicia:

- 1- El primero de ellos, relacionado con la suficiencia de la regulación española en esta fase precontractual del contrato de franquicia.
- 2- Y el segundo, con relación a la suficiencia de la tutela que la normativa española actual ofrece a las partes intervinientes del contrato de franquicia en la fase precontractual.

En relación con el método a seguir para poder dar respuesta a las dos cuestiones formuladas, seguiremos las siguientes pautas, siempre desde una perspectiva de la fase precontractual:

- 1- Análisis del contrato de franquicia, sobre su regulación y diferentes aproximaciones conceptuales, así como de las partes intervinientes y sobre las ventajas y riesgos en que incurren en la fase precontractual.
- 2- Valoración de la reciente supresión del Registro de Franquiciadores.
- 3- Análisis de la fase precontractual del contrato de franquicia, especialmente de los tratos preliminares como elemento esencial del comportamiento de las partes en esta fase, su regulación en derecho nacional, en derecho comparado y de los principios y normas del *soft law* contractual europeo.
- 4- Consideración del principio de la buena fe como fuente de derecho que proporciona el derecho civil para resolver las lagunas normativas del ámbito mercantil y, en este caso concreto, de la fase precontractual de la franquicia.
- 5- Análisis del deber de información como obligación esencial en la fase contractual, tratado de forma muy irregular en la UE, en países de *common law* como los EEUU y en el *soft law* de la UE e internacional.
- 6- Valoración de la eventual responsabilidad precontractual como consecuencia jurídica de los comportamientos contrarios a la buena fe.

Así pues, esta tesis se focaliza en aquellas relaciones o actividades por parte de los futuros contratantes de un contrato de franquicia - que buscan minimizar los riesgos inherentes a dicha fuente de obligaciones - a las que tradicionalmente se les ha prestado poca o nula atención por parte de los legisladores nacionales y europeos y también por parte de los operadores del sector y que, si bien, la mayoría de ellas no generan un haz de derechos y obligaciones contractuales entre las partes sí pueden generar consecuencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad precontractual.

# CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES INICIALES DE LA FRANQUICIA

## 1. HISTORIA DE LA FRANQUICIA

La franquicia de formato empresarial ha evolucionado a lo largo de muchos siglos hasta lo que es actualmente; una forma distinta y comercialmente impactante de hacer negocios<sup>4</sup>. Y si bien la palabra franquicia aparece por primera vez en la Edad Media y, posteriormente, van apareciendo en diversas partes del mundo formas de distribución muy primarias de lo que podríamos aceptar como algo cercano a lo que entendemos como franquicias, no es realmente hasta el s. XIX, cuando surgen en EEUU unos modelos de distribución que cumplen con los requisitos actuales de una franquicia industrial.

La palabra franquicia que proviene de *franchise*, es de origen francés, la cual aparece por primera vez en la Europa de la Edad Media. Podemos encontrar unas primeras referencias en la Carta Magna (1215) consistentes en que se apoderaba a los barones mediante la franquicia a recaudar los impuestos de la corona, hasta que este modelo de recaudación terminó en el Consejo de Trento en 1562.

De 1600 en adelante se desarrolla en Japón un sistema de cadena de restaurantes llamado *Norenkai*, que proviene de la costumbre consistente en que el propietario del restaurante

---

<sup>4</sup> Diferentes autores han abordado los orígenes de la franquicia, de forma más o menos exhaustiva, pero coincidiendo en las diferentes etapas y en los hechos relevantes que fueron el fundamento de lo que hoy conocemos por franquicia. Entre ellos, tenemos a ALHUMOUDI, Y. (2010). *Franchising agreement*. Saarbrucken (Alemania): Lambert Académic Publishing. Págs.8-10; TORMO, E. A. (2013). *Crecer en franquicia*. Barcelona: Centro Libros PAPP, Págs.18-19; VICENT CHULIA, F. (1997). *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanc. Págs. 1-2; GAMET-POL, F. J. (1997). *Franchise Agreements Within the European Community*. Irvington: Transnational Publishers, Pag. 5; ABELL, M. (2013). *The Regulation of Franchising in the UE*. Londres: Edward Elgar Publishing, Págs. 33-39.

permitía a un empleado suyo con muchos años de antigüedad en la empresa instalar su propio restaurante en un lugar distinto, bajo el mismo nombre y utilizando el mismo menú.

En los 1700's surge la necesidad de crear nuevos canales de distribución, apareciendo modelos de negocio como el sistema *Tied House*, que permitía maximizar el negocio de los empresarios cerveceros del Reino Unido, mediante un sistema que les permitía venderla en establecimientos públicos, utilizando sus marcas en exclusiva. En el s. XIX este sistema se utilizó también en los EEUU, pero más adelante fue prohibido.

En los 1800', se desarrollaron en EEUU técnicas para promover una forma primaria de negocio de franquicia, siendo fabricantes estadounidenses como *Singer*, *McCormick* y *Coca-Cola* quienes adoptaron la franquicia como modelo de distribución. Y es en esta época donde algunos historiadores sitúan los verdaderos orígenes de la franquicia, dado que, al terminar la Guerra de Secesión Americana, los consumidores de los Estados del Sur que habían perdido no solo la guerra, sino su infraestructura industrial, no querían consumir productos del Norte. Coyuntura que aprovecharon los empresarios del Norte para conceder franquicias a los empresarios del Sur, enseñándoles a fabricar sus productos, cediéndoles el uso de sus marcas y sus tecnologías, todo ello a cambio de una contraprestación<sup>5</sup>, dando origen a la franquicia industrial.

En 1850, *McCormick Harvesting Machine Company*, fue uno de los primeros negocios de franquicias que surgió en los EEUU durante la década 1850-60. Mediante este negocio los franquiciados hacían demostraciones, vendían y reparaban las máquinas de coser *Singer* en su zona de influencia, dando lugar a lo que el Departamento de Comercio de los EEUU llama aún a fecha de hoy “franquicias tradicionales”.

También en EEUU *Coca-Cola* fue concebida en 1886 como una alternativa sin alcohol a las bebidas "duras" como cervezas y licores, dispensándose de una fuente de soda mezclando jarabe con agua carbonatada. El embotellado y la consiguiente higienización

---

<sup>5</sup> BURGOS PAVÓN, G., & FERNÁNDEZ IGLESIAS, M. S. (2010). *La franquicia: Tratado práctico y jurídico*. Pirámide. Págs. 19-20. El autor considera relevante destacar que los orígenes de la franquicia fueron consecuencia de las necesidades estratégicas y económicas que motivaron a los empresarios americanos de los Estados del Norte al finalizar la Guerra de Secesión Americana.

de la bebida fue un aspecto novedoso, cediéndose a los franquiciados, a través de un sistema de franquicias, los derechos de fabricar la bebida con el jarabe proporcionado por la franquiciadora vendiéndola bajo la marca *Coca-Cola*<sup>6</sup>, y utilizando el material publicitario que también se les proporcionaba. Con posterioridad, los franquiciados empezaron a otorgar *sub*-franquicias en todo el país. *Pepsi-Cola* siguió su ejemplo y en 1910 tenía 280 embotelladoras también en los EEUU.

En los primeros años de los 1900's asistimos a la irrupción de la franquicia en otros importantes sectores, como el del automóvil, cuando William E. Metzger, oriundo de Detroit (EEUU), se convirtió en el primer franquiciado de la *General Motors Co. Ford*. Posteriormente, otros fabricantes siguieron su ejemplo, y finalmente *General Motors*, respetando la prohibición *antitrust* vigente en aquella época en los EEUU<sup>7</sup> que impedía a los fabricantes vender sus productos directamente a los clientes finales, también utilizó este sistema de distribución.

Años más tarde, otra industria que adoptó la franquicia fue el de la cosmética. La red de tiendas de belleza *Harper* se instauró a principios de siglo XX en el mercado con más de 500 tiendas en los EEUU, Canadá y Europa, utilizando un modelo de franquicia muy cercano al que conocemos hoy en día.

En Europa, Francia destaca como país pionero en adoptar la franquicia como modelo de expansión empresarial, siendo relevante el caso de la empresa textil *Pingüino*, en la década de 1930-40, que utilizó la franquicia como forma de distribuir en exclusiva sus

---

<sup>6</sup> “*UNITED STATES SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, Washington. Annual report Coca Cola Company 2019*”. 133 años después, *Coca-Cola* sigue manteniendo con un éxito notable la fórmula de comercialización de sus productos a través de los contratos de franquicia que tiene con sus embotelladores. En la actualidad, es la mayor compañía de bebidas no alcohólicas del mundo, contaba en el ejercicio 2019 con unos activos valorados en 81.316 millones de dólares y una cifra de negocios anual de 31.856 millones de dólares. En el referido ejercicio obtuvo un beneficio neto anual de 6.434 millones de dólares y actualmente proporciona empleo a 71.000 trabajadores en más de 200 países.

<sup>7</sup> La Ley Sherman Antitrust (en inglés, *Sherman Antitrust Act*), de 2 de julio de 1890, “fue la primera medida del gobierno federal estadounidense para limitar los monopolios. El acta declaró ilegales los trust, por considerarlos restrictivos para el comercio internacional. Fue creada por el senador estadounidense de Ohio John Sherman, y aprobada por el presidente Benjamin Harrison”.[https://www.wikero.com/es/Ley\\_Sherman\\_Antitrust\\_de\\_los\\_Estados\\_Unidos\\_de\\_América](https://www.wikero.com/es/Ley_Sherman_Antitrust_de_los_Estados_Unidos_de_América)

productos, a través de sus tiendas franquiciadas<sup>8</sup>. *Rodier* lo hizo en 1938 y *Prenatal* en 1947. De hecho, Francia es hoy en día el país líder europeo en enseñanzas de franquicias, con marcas como *Phildar*, *Yves Rocher*, *Rodier*, *Pronuptia*, *Novotel*, *Ibis*, etc.

En EEUU, en la década de 1950-60, época de la posguerra de la Segunda Guerra Mundial, en la que miles de soldados que habían regresado del frente tuvieron dificultades para encontrar trabajo, encontraron en el negocio de la franquicia la oportunidad de auto emplearse, función que ha venido cumpliendo la franquicia a lo largo del tiempo y especialmente en momentos de niveles altos de desocupación como consecuencia de una posguerra o de una crisis económica severa.

Así, no es hasta mediados del s. XX cuando aparece lo que hoy en día conocemos como franquicia de distribución comercial<sup>9</sup>, a través de empresas franquiciadoras que con paso de los años se han convertido en los mayores operadores mundiales del sector de la restauración a nivel global como McDonald's o KFC.

Para MARTÍ MIRAVALLS<sup>10</sup>, esta nueva forma de distribución viene definida por “el conjunto de relaciones a través de las cuales los intermediarios profesionales colaboran de manera estable con el productor en orden a la difusión de sus bienes, constituyendo el eslabón entre aquel y los consumidores, o bien, entre aquel y otro miembro del canal de distribución”.

Mediante el sistema de máster franquicia, en las décadas 1950-1960 y 1960-1970 dichos franquiciadores, iniciaron su expansión internacional entrando en Europa a través de su

---

<sup>8</sup> ABELL, P. M. (2011). “*The regulation of franchising...*”. Op. Cit. Págs. 33-40. Este autor inglés de reconocida reputación en el mundo de la franquicia hace una pormenorizada descripción de la evolución histórica de la franquicia desde la perspectiva de la UE, muy sesgada en detrimento de EEUU, cuyo protagonismo en los orígenes de esta modalidad de negocio mercantil no se puede obviar y su influencia en la creación y fomento de la franquicia tal como la conocemos hoy.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J. (1976). *Curso de Derecho Mercantil*. Porrúa: Editorial Porrúa. Pág. 227. “Desde una perspectiva económica, la distribución comercial, en su vertiente más simple, designa el envío de un producto desde el fabricante al consumidor”. MORALES MENÉNDEZ, I. (2007). *El Contrato mercantil de Concesión*. Aranzadi. Pág. 27. “Este procedimiento, conocido como distribución comercial, se articulará dependiendo de las necesidades, intereses y capacidades del empresario”.

<sup>10</sup> MARTÍ MIRAVALLS, J. (2009). *El contrato de máster franquicia*. Pamplona: Aranzadi/Thomson Reuters. Pág. 37-38.

implantación, primero en Gran Bretaña y después en el resto de los países, franquiciando sus enseñas y su modelo de negocio<sup>11</sup>. Pocos años después, fueron apareciendo en todo el mundo franquicias comerciales, de servicios e industriales autóctonas, a partir de los diferentes modelos norteamericanos.

En España la franquicia se introduce en la década de los 60, cuando enseñas como *Pingouin Esmeralda*, *Deschamps* o *Rodier*, introdujeron sus cadenas de establecimientos de lanas para labores, ropa de hogar y moda respectivamente. En la década de los 70 se firman las primeras franquicias de *McDonald's*, *KFC* y *Burger King*. Y es finalmente, a principios de los 90 cuando aparece la primera cadena de franquicias española *Pans & Company*, que llegó a ser la más grande de Europa del sector *fast food*, con más de 500 restaurantes implantados en el sur del continente y empleando a más de 10.000 trabajadores.

## 2. FUNDAMENTO ECONÓMICO

Con la revolución industrial, la producción en masa conllevó la necesidad de implementar acciones promocionales para intentar dar salida a una parte de la oferta que el mercado local no podía absorber, dado que la distribución directa a través del contrato de comisión por parte de las empresas se mostraba ineficiente para dar una respuesta adecuada. Motivo por el cual, se hacía imprescindible una nueva forma de conexión entre la oferta y el mercado, que fuera más eficiente y a la vez tuviera costes bajos, además de reducir o eliminar el riesgo empresarial. El resultado fue la aparición, en primera instancia, del

---

<sup>11</sup> Máster franquicia es una modalidad de franquicia mediante la cual el franquiciador concede al “máster franquiciado” el derecho de uso de su modelo de negocio, su marca, sus derechos de propiedad industrial e intelectual, la prestación de una asistencia técnica y de una formación, etc., para un territorio de gran tamaño, como una gran ciudad, una región o un país, en régimen de exclusiva, facultando al máster franquiciado, a su vez, para conceder franquicias a los *sub* franquiciados dentro del territorio que tiene en exclusiva.



contrato de agencia y, posteriormente, el de distribución, uno de cuyos derivados es el contrato de franquicia<sup>12</sup>.

Actualmente, ya en una economía globalizada como la que nos encontramos, el suministro de bienes forma masiva a los consumidores de los diferentes mercados se realiza a través de una distribución directa constituida por órganos propios como sucursales, filiales u órganos ajenos como son los comisionistas y agentes, pero también a través de una distribución integrada, como es la incorporación de la figura del distribuidor como fuerza comercial, que deberá someterse al control del empresario productor y a una dependencia económica y funcional. Encontrándose la franquicia dentro de esta categoría, y como canal de distribución en el que intervienen franquiciador y franquiciado como empresarios jurídicamente independientes que comparten un mismo modelo de empresa para prestar sus productos al consumidor, a los cuales les une un acuerdo denominado contrato de franquicia, que se caracteriza, principalmente, por ser de colaboración, *intuitu personae*, bilateral y de larga duración. Más adelante, ahondaremos en su naturaleza jurídica.

En cuanto a la elección de este modelo de negocio sobre otros, SORIA FERRANDO<sup>13</sup> expone que “La elección de este canal de distribución está condicionado por diversos factores, como el tipo de producto, el nivel de contacto con el mercado, la intensidad de la distribución y el tipo de operadores a los que confiar la colocación de los productos en el mercado”.

El conjunto de los franquiciados de una misma enseña constituirá la red de franquicias, que tendrán un objetivo común con el franquiciador por el hecho de operar para rentabilizar una inversión, utilizando un mismo modelo de negocio, para lo cual será necesario que cada uno de ellos lo reproduzca de forma fiel y eficiente.

---

<sup>12</sup> MARTÍ MIRAVALLS, J. (2009). *El contrato de máster franquicia*. Pamplona: Aranzadi/Thomson Reuters. Págs. 35-47. El autor desarrolla en su obra el origen y la justificación económica del contrato de franquicia para contruir un completo tratado jurídico sobre la máster franquicia como modalidad de franquicia.

<sup>13</sup> SORIA FERRANDO, J. (1996). *El agente de comercio*. Tirant lo Blanch. Pág. 12.

RUIZ PERIS<sup>14</sup> define lo que entiende por redes de franquicias describiéndolas como “Una técnica de integración empresarial en la que a través de los contratos estipulados por diversos empresarios con el cabeza de red se cede una parte de la capacidad de decisión a cambio de una actuación coordinada de todos los miembros. El bien jurídico compartido por todos los miembros de la red es titularidad del cabeza, quien posee el monopolio de admisión u exclusión de la misma, e incluso el poder de mediación en los conflictos entre sus miembros”.

Otros autores como DÍAS PEREIRA<sup>15</sup> centran su definición en la naturaleza jurídica del modelo de negocio, considerando que “Al modelo de empresa diseñado por el franquiciador puede asignársele la naturaleza de bien jurídico, puesto que es susceptible de valoración económica y apto para ser objeto de negocios jurídicos. Más aún el modelo de empresa constituye un auténtico bien inmaterial”. Para GÓMEZ SAGADE<sup>16</sup>, “Al igual que los demás bienes inmateriales (*Know How*, marcas, software), el modelo de empresa es una idea fruto de la mente humana (*corpus mysticum*), que se plasma en objetos corpóreos (*corpus mechanicum*) para ser percibido por los sentidos, siendo susceptible de ser reproducido ilimitadamente y objeto de posesión y disfrute simultáneo para una pluralidad de personas en diversos lugares, en contraposición a los bienes materiales”. Y finalmente debemos considerar el concepto que nos ofrece RUIZ PERIS<sup>17</sup>, al concretar que, “La unidad empresarial (modelo de empresa) posee sustantividad propia independiente de todos los elementos que la componen y es constitutiva de ser considerada como un bien jurídico de carácter inmaterial en sí mismo. Ello requiere que todos los elementos que integren el modelo de empresa puedan ser reproducidos en la

---

<sup>14</sup> RUIZ PERIS, J. (2007). *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución*. Pamplona: Thomson-Aranzadi. Pág. 15.

<sup>15</sup> DÍAS PEREIRA, A. L. (1997). *Da franquicia de empresa ("franchising")*. Universidade de Coimbra: Boletín da faculdade de Direito, LXXII. Págs. 251 y ss. GÓMEZ SAGADE, J. A. (1974). *El secreto industrial (Know How). Concepto y protección*. Tecnos. Pág. 69 y ss. FERNANDO NOVOA, C. (2004). *Tratado sobre Derecho de marcas*. Marcial Pons. Pág. 1 y ss.

<sup>16</sup> GOMEZ SAGADE, J. A. (1974). *El secreto industrial (Know How)...* Op. Cit. Tecnos. Pág. 225.

<sup>17</sup> RUIZ PERIS, J. I. (2000). *Los tratos preliminares en el contrato de franquicias*. Aranzadi. Pág. 67.

realidad. (...) el resultado que se pretende es que el resultado obtenido (establecimiento franquiciado) sea idéntico o lo más similar posible, al resultado propuesto, con independencia del mercado en que se explote”.

La franquicia se ha ido desarrollando de forma acelerada en las últimas décadas, apareciendo cada año miles de franquiciadores en todo el mundo, ocupando algunas veces el espacio de la distribución tradicional y creando una atractiva uniformidad de oferta para los consumidores a través de sus redes de distribución, en los centros comerciales y en los ejes comerciales de las grandes ciudades.

Este modelo de distribución comercial se ha venido desarrollando y creciendo con éxito en prácticamente todos los países del mundo, contribuyendo de forma importante en su creación de riqueza. Concretamente, en EEUU la franquicia representa el 5,3 % del PIB nacional<sup>18</sup> y en Canadá el 6,1 %<sup>19</sup>, sector que aun encontrándose en un estado de madurez relevante sigue creciendo en los dos países a un ritmo de un 2 % anual.

Sin embargo, a pesar de ser importante la presencia de este modelo de distribución en todos los países de la UE, su aportación media al PIB está en torno al 2 %, concentrando su presencia en Gran Bretaña, Francia, Alemania, España e Italia<sup>20</sup>, y siendo muy baja su implantación en los demás países europeos. En opinión de autores como ABELL<sup>21</sup> o

---

<sup>18</sup> <<https://www.franchisefoundation.org/research>>

<sup>19</sup> <<http://www.franchise101.net/canadian-franchise-statistics>>

<sup>20</sup> ASOCIADOS, BARBADILLO. (2016). La franquicia en Europa crece por encima de la economía. 1-2

<sup>21</sup> ABELL, P. M. (2011). “*The regulation of franchising...*”. Op. Cit. Págs. 12-18. En esta línea argumental está el autor, no sin reconocer otras causas no jurídicas como la estructura de los mercados, la cultura y la historia de los diferentes países de la UE. “Las diferentes y heterogéneas regulaciones nacionales perjudican especialmente al tráfico de las franquicias entre los diferentes países de la UE, generando una inseguridad jurídica para los franquiciadores y los franquiciados y para sus transacciones comerciales dentro del espacio europeo. El comercio de los bienes y servicios relacionados con la franquicia se debería producir en la UE como si de un solo Estado se tratara. La normativa europea sobre la franquicia se ha centrado únicamente en regular determinadas cláusulas potencialmente restrictivas de la competencia, en vez de construir una regulación más o menos intensa pero uniforme para toda la UE.”

CEBRIÁN<sup>22</sup>, la causa de esta baja implantación de la franquicia en la UE y la pobre expansión internacional de sus empresas franquiciadoras es debido a factores externos como la escasa y heterogénea normativa sobre la franquicia a nivel nacional, las normas a nivel comunitario sobre los acuerdos restrictivos de la competencia y a un derecho internacional privado que no ofrece la suficiente seguridad jurídica.

Otras causas de la escasa internacionalización de las marcas europeas, las debemos buscar en una tradicional menor iniciativa y capacidad de internacionalización por parte de las empresas europeas en comparación con las norteamericanas y las asiáticas.

Por tanto, debemos concluir que la argumentación de los mencionados autores sobre las verdaderas causas de la baja implantación nacional de este modelo de negocio están excesivamente sesgadas por un enfoque exclusivamente jurídico, sin considerar otras variables socioeconómicas como son la estructura tan diversa de los mercados de la UE, la fragmentada cultura de consumo de los diferentes países de la UE y los altos alquileres o precios de venta de los locales comerciales de las calles *premium* de las grandes ciudades y de sus centros comerciales dentro de los países del oeste de Europa, como Gran Bretaña, Francia, España, Alemania o Italia.

A pesar de los anteriores datos sobre el exiguo nivel de implantación nacional de este método de distribución en los países de la UE, nos encontramos que, desde sus primeras apariciones en los años 50, la franquicia ha experimentado anualmente un crecimiento superior al del PIB.

Entre los factores que inciden en el crecimiento de la franquicia en las diferentes economías se encuentra el cambio de los hábitos de los consumidores, el crecimiento del sector terciario, los cambios sociodemográficos, un creciente espíritu emprendedor o la necesidad de autoempleo por parte de potenciales franquiciados y la ventaja estratégica que aportan las empresas franquiciadoras. Siendo de resaltar, en este sentido, a LÁZARO

---

<sup>22</sup> En el mismo sentido, CEBRIÁN, M. A. (2018). *El contrato de franquicia en Derecho Internacional Privado Europeo*. Madrid: Marcial Pons. Págs. 24-28, La autora resalta el papel del derecho internacional privado en la situación actual de la franquicia en la UE, afirmando que “*las normas del DIP europeo tienen que reducir los costes de intercambio internacional, para que se produzca un aumento de dichos intercambios y con ello se fortalezca el mercado interior*”.

SÁNCHEZ<sup>23</sup>, quien nos remarca que “este tipo de actividad es generadora de muchos puestos de trabajo, por el alto número de trabajadores que requieren algunas franquicias, especialmente las de restauración”.

Definitivamente, la franquicia es actualmente el vehículo dinamizador del sector servicios y de la distribución (sector terciario), dado que los consumidores de hoy en día son cada vez más exigentes cuando compran un producto determinado de una marca concreta, buscando una misma calidad, a un mismo precio, en tiendas con la misma imagen corporativa y el mismo servicio de atención al cliente, en cualquiera de los establecimientos de la red de franquicias donde acudan, así como el respaldo y la garantía del franquiciador cuando alguno de estos elementos falla.

Los motivos de orden estratégico por los que el franquiciador decide iniciar un sistema de franquicias para expandir su negocio son diversos; entre ellos, el hecho de que esta fórmula comercial le va a permitir crecer más rápidamente, con una menor inversión y asumiendo menores riesgos, ya que el riesgo de la explotación del establecimiento y su coste de implantación lo soportarán los franquiciados. Esto le permitirá mejorar el ROI (“*Return on Investment*”)<sup>24</sup> de la empresa, reducir riesgos y una menor necesidad de financiación. En este sentido TORRUBIA CHALMETA<sup>25</sup> describe la utilidad económica de la franquicia, destacando la ventaja que supone para el franquiciador la posibilidad de acelerar el crecimiento con una inversión prácticamente irrelevante.

---

<sup>23</sup> LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. (2000). El contrato de franquicia (aspectos básicos). *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*. Nro. 18, 91-116. Págs. 92-93. En este sentido también Rigol Gasset, J. (1992) *La Franquicia, una estrategia de expansión*; Barcelona, Edit. EINIA, pag.18.

<sup>24</sup> El ROI de una empresa es una ratio financiera utilizada para determinar el beneficio obtenido en relación con la inversión realizada. Es el resultado de calcular el porcentaje que representa el Beneficio Después de Impuestos (BDI) sobre los Recursos Propios (Capital más Reservas) a final del ejercicio económico. Al ser los beneficios prácticamente los mismos que si fueran establecimientos propios por el cobro de los *royalties* o cánones y otros ingresos, pero con menos recursos propios utilizados ya que las inversiones las soportan los franquiciados, esta ratio de rentabilidad es notablemente mejor.

<sup>25</sup> TORRUBIA CHALMETA, B. (2010). El contrato de franquicia. *Cuadernos de Derecho y comercio*, Nro. 54, pág. 34

Para los potenciales franquiciados este contrato mercantil , en algunos casos, es una forma de autoempleo, si bien en la mayoría de ellos, lo que se consigue es transformar a pequeños emprendedores en ambiciosos empresarios, que, allí donde implanten la enseña franquiciada, van a actuar como feroces competidores, bien entrenados y motivados por su pertenencia a un proyecto común, con lo que añadirá valor a la empresa y a la red en general. Así pues, los franquiciados aportaran a la franquicia sus habilidades comerciales, sus dotes de liderazgo con equipos de trabajadores, su gestión de administración y control y, en definitiva, sus capacidades gerenciales. Y la suma de todos ellos, si han sido bien escogidos, harán de la red una gran empresa. Un buen ejemplo de ello es el caso *McDonald's*<sup>26</sup>.

Los franquiciadores pueden propiciar con sus recursos y los de los franquiciados notorias campañas de publicidad, promoción e innovación de productos, que impactan sobre el mercado y sus consumidores, favoreciendo el tráfico hacia los establecimientos.

Así pues, el desarrollo de un sistema de franquicias por parte de una empresa franquiciadora le va a suponer importantes ventajas, en el ámbito económico y financiero, como también las va a tener el franquiciado, siendo estas diferentes, sin obviar por ello los riesgos que ambas partes también deberán asumir y gestionar.

En el mundo de la distribución, los mejores resultados se obtienen cuando se compra en condiciones ventajosas, se vende a unos buenos precios y se opera con unos costes de estructura reducidos. Y esto se consigue generalmente por razón de la dimensión de la empresa, cuyo mayor tamaño se puede conseguir a través de la implantación de un sistema de franquicias, por lo que los operadores individuales que ofrezcan el mismo o similar producto o servicio estarán siempre en desventaja competitiva.

---

<sup>26</sup> *UNITED STATES SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. Washington. Annual Report McDonald's 2018.* La empresa *McDonald's* que, desde hace años orienta su crecimiento a través de la franquicia, es actualmente el segundo mayor franquiciador del mundo. Sus cifras más relevantes en el ejercicio fiscal 2019, son: ventas de 21.025 millones \$, beneficio anual de 6.030 millones \$, activos por valor de 32.811 millones \$, 37.855 restaurantes en funcionamiento en todo el mundo y da empleo a 2 millones de trabajadores.

*Annual Report 2019 Yum! Brands.* YUM del grupo *PepsiCo* es el primer franquiciador del mundo con 50.000 millones \$ de ventas, y pertenece también al sector de la restauración. Cuenta con 50.000 restaurantes, franquiciado las marcas *KFC*, *Pizza Hut* y *Taco Bell*.

La franquicia es un modelo de negocio en el que *a priori* existen importantes ventajas para las partes del contrato, llegando a situaciones en que algunos franquiciados de algunas enseñas internacionales llegan a tener más establecimientos abiertos que la propia empresa franquiciadora. Un ejemplo de ello sería el caso de *KFC*, que tiene franquiciados como *NPC International* de EEUU con más de 1700 restaurantes franquiciados.

Un empresario franquiciador puede haber adoptado la estrategia de invertir con capital propio en la expansión de una parte de la red y la otra cederla en franquicia. En este sentido, desde la óptica de un consumidor, cuando vaya a realizar el acto de compra en un establecimiento de la red, le va a ser difícil distinguir si un establecimiento es franquiciado o pertenece al franquiciador<sup>27</sup>.

En definitiva, por los motivos expuestos, desde hace ya muchos años la franquicia es la fórmula de contratación de mayor éxito en el mundo de la distribución y sigue creciendo a un importante ritmo en todos los países del mundo.

No obstante, tal como acertadamente advierte DÍEZ DE CASTRO<sup>28</sup> “este es un modelo de negocio en el que abundan los abusos y el fraude, por lo que son numerosos los conflictos que terminan solicitando el amparo de los Tribunales nacionales”

La franquicia es, según nuestro criterio, un modelo de distribución en el que, con una buena praxis empresaria, si se hacen las cosas bien, las partes se potencian entre si, y se crean importantes economías de escala en sus aprovisionamientos y se facilitan sinergias donde ambas partes, en mayor o menor medida, resultan o deberían resultar beneficiadas. Y utilizo la expresión deberían, porque no son pocos los franquiciadores que en su afán de maximizar sus beneficios se apropian de buena parte o incluso de la totalidad de las economías de escala que se derivan de los aprovisionamientos.

---

<sup>27</sup> BURGOS PAVÓN, G., & FERNÁNDEZ IGLESIAS, M. S. (2010). “*La franquicia: Tratado práctico...*”. Op. Cit. Págs. 20-24. En su obra los autores buscan una argumentación económica del fenómeno de la franquicia desde la perspectiva del mercado, pero sin considerar el aspecto más relevante que, es el económico/financiero y el de los riesgos empresariales. Asimismo, ABELL, P. M. (2011). “*Tlacion...*”. Op. Cit. Págs. 40-41, que en los aspectos señalados incurre en las mismas deficiencias argumentales que el autor precedente.

<sup>28</sup> DÍEZ DE CASTRO, E. C., NAVARRO GARCÍA, A., & RONDÁN CATALUÑA, F. J. (2005). *El sistema de franquicia*. Pirámide. Págs. 26-30.

## **CAPITULO II EL CONTRATO DE FRANQUICIA**

### **1. ANTECEDENTES NORMATIVOS**

En este apartado se hace referencia a la regulación del contrato de franquicia y de su fase precontractual, sin entrar en un desarrollo exhaustivo dado que el único país que regula el contrato de franquicia en la Unión Europea es Italia y solamente en algunos países como España o Francia encontramos regulado el deber de información. El aspecto regulatorio de la fase precontractual en derecho comparado se analizará con mayor profundidad en el Capítulo III, ya que, por su relevancia, en relación con el tema de la Tesis así se requiere.

#### **1.1 EL DERECHO NACIONAL**

Con anterioridad a la entrada de nuestro país en la UE no existía ninguna norma que se refiriera a la franquicia, y en la actualidad todavía no existe una normativa que regule de forma integral el contrato de franquicia, por lo que estamos ante un contrato atípico.

Surge entonces el dilema de determinar el régimen jurídico aplicable, considerando en este caso el principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones contemplado en el art. 1255 CC, que reconoce no solamente la libertad de contratación sino también la de fijar el contenido del contrato.

El Tribunal Supremo ha remarcado que el contrato de franquicia siendo nominado, es un contrato atípico. En este sentido, la STS nº0/1996, de 27 de septiembre<sup>29</sup>, pone de relieve

---

<sup>29</sup> STS nº0/1996, de 27 de septiembre (ROJ: STS 5101/1996; Id. Cendoj: 28079110011996101791); Recurso: 3545/1992; Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; Fundamento de Derecho Primero:

*“Como todo contrato atípico, en este caso mercantil, se regirá, en primer lugar, por la voluntad de las partes plasmada en cláusulas y requisitos concretos que, formulados, sin duda, en*



la atipicidad de este tipo de contratos, que deberá regirse por la voluntad de las partes presidida en todo momento por el principio de la buena fe y mutua confianza.

En el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil elaborado por la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia (APLCM) y presentado en el mes de marzo del 2018, actualmente en trámite parlamentario, se contempla una regulación del contrato de franquicia como uno de los diferentes tipos de contrato de distribución.

Actualmente, la única regulación existente en España relacionada con la franquicia se refiere fundamentalmente a la etapa precontractual y se encuentra prevista en el art. 62 de la LOCM y en el RD 201/2010 de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, que la desarrolla. Debiendo remarcar en este punto que, tal como afirma TORRUBIA CHALMETA<sup>30</sup> “la inclusión de este art. 62 en la LOCM, es un desacierto en el que coincide buena parte de la doctrina, por el hecho de que la característica fundamental de la franquicia es el acuerdo de distribución entre franquiciador y franquiciado, y no la relación comercial entre franquiciado y consumidor”.

Al estar ante un contrato complejo, con múltiples y diferentes prestaciones, a las relaciones contractuales que en él pueden tener cabida, le son de aplicación diversas normas de la legislación nacional que están relacionadas con cada una de las prestaciones:

- a- Art. 62 LOCM, de 15 de enero y RD 201/2010 de 26 de febrero, que lo desarrolla.
- b- El Código Civil, a través de diversos preceptos, destacando entre ellos el principio general de la buena fe del art. 7.1.
- c- El Código de Comercio, a través de diversos preceptos como los arts. 325 y ss. y los arts. 51 a 53.
- d- Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones generales de la Contratación.
- e- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- f- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
- g- Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

---

*relaciones de buena fe y mutua confianza, debiendo, las mismas, 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”.*

<sup>30</sup> TORRUBIA CHALMETA, B. (2010). “El contrato de franquicia”. Op. Cit. Pág. 315

- h- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, por la cesión de uso de bienes inmateriales como las marcas, nombre comercial y rotulo.
- i- Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, en relación con las patentes y DPI.
- j- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- k- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en el supuesto de que el local comercial sea propiedad el franquiciador.

Es especialmente interesante la STS nº754/2005, de 21 de octubre<sup>31</sup>, por sus aportaciones doctrinales. La Sentencia aborda “un contrato de franquicia con transmisión de *Know How* celebrado entre la actora y algunos de los demandados, denunciándose que se ha incurrido en un ilícito de competencia desleal por aprovechamiento ilícito del *Know How* transmitido, destacando en sus fundamentos de derechos las siguientes manifestaciones:

- a- Establece el origen del contrato de franquicia procedente del “*franchising*” de los EEUU, afirmando su atipicidad por su falta de regulación en nuestro ordenamiento jurídico. Manifestando que este 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, 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”.
- b- Pone de manifiesto que a lo largo del tiempo ha habido distintas aproximaciones al concepto de franquicia o de la actividad comercial en régimen de franquicia, aportadas por el art. 62 LOCM, y por el derogado Reglamento 4087/1988, el cual, en este caso, daba una definición del acuerdo de franquicia. La doctrina del Tribunal Supremo nos ha aportado también diferentes definiciones del contrato de franquicia, destacando las STS de 27 de septiembre 1996 y de 4 de marzo de 1997,

---

<sup>31</sup> STS 754/2005 de 21 de octubre (ROJ STS 6410/2005; Id Cendoj: 28079110012005100801). Recurso: 555/1999; Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández; Fundamento de Derecho Segundo.

en las que se contempla las funciones de control de que dispone el franquiciador sobre el franquiciado.

- c- En relación con la franquicia pone de manifiesto las aportaciones de las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo que hacen referencia al contrato de franquicia: STS de 15 de mayo 1985, de 23 de octubre de 1989, 27 de septiembre de 1996, 21 de octubre de 1996, 4 de marzo de 1997 y 30 de abril de 1998.
- d- Manifiesta que la importante doctrina del “Caso Pronuptia” del Tribunal Superior de Justicia de la CEE, fue recogida con posterioridad en diversas Decisiones de la Comisión y sirvió de fundamento al Reglamento 4087/1988, en relación con las cláusulas de un contrato de franquicia consideradas como restrictivas de la competencia pero exentas de la prohibición del art. 85.1 TCE.
- e- De la Sentencia del “Caso Pronuptia”, destaca entre otros aspectos, el que en ella se hace una distinción entre los contratos de franquicia y los de suministro o de distribución de mercancías, señalando a tal efectos unos concretos elementos esenciales de la franquicia “a) el franquiciador debe transmitir su *Konow How*, o asistencia o método de trabajo, aplicando sus métodos comerciales; y, b) que dicho franquiciador queda obligado a diseñar, dirigir y sufragar las campañas publicitarias, realizadas para difundir el rótulo y la marca del franquiciador”.
- f- Constata que el *Know How* o “saber hacer” del franquiciador que cede al franquiciado para la explotación de la franquicia es un “requisito básico del contrato de franquicia según la legislación comunitaria y la doctrina jurisprudencial”.
- g- Reconoce la dificultad de definir el *Know How* procedente de la versión francesa “*savoir faire*”, ya que esta varía en función de los distintos tipos de franquicia y del “sector del mercado a que se refiere” y, por otro lado, no existe un “concepto preciso”. En sentido amplio, se ha definido como "conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio (...)”. Poniendo también de manifiesto las definiciones dadas por el Reglamento 4087/1988 y la STS de 24 de octubre de 1979.

## 1.2 DERECHO COMPARADO

Los países que se han tomado en consideración para analizar en sus respectivos ordenamientos jurídicos el tratamiento normativo relativo a la franquicia son: Francia, Italia y Alemania por lo que respecta a sistemas de *civil law* en la UE, por revestir un especial interés desde el punto de vista del jurídico, dado que a través de ellos la franquicia entró en Europa procedente de los EEUU, además de contar en la actualidad con el mayor número de franquicias dentro de la UE, representando un importante peso en sus economías.

Por parte de los sistemas jurídicos de *common law*, he considerado interesante analizar también el contenido normativo de la franquicia en EEUU y en Gran Bretaña. En EEUU porque es el país de donde es originario de este sistema de distribución comercial y el pionero en regular esta actividad empresarial. Y la toma en consideración de Gran Bretaña encuentra su justificación por tratarse de un país donde se ha producido un gran desarrollo de la franquicia, si bien a diferencia de la mayoría de los países de la Unión Europea y de los EEUU no existe regulación al respecto. Por otro lado, en el derecho de la Gran Bretaña, a diferencia de los países de *civil law*, sus legisladores ni tan solo consideran al principio de la buena fe como un recurso normativo para resolver conflictos que no encuentran regulación específica en el cuerpo normativo de este país.

### - EL DERECHO DE FRANCIA

En el marco de los Estados que integran la Unión Europea debemos destacar el caso de Francia, por disponer este país de la primera regulación europea de la franquicia y por la gran influencia que tuvo en la posterior legislación española, la Ley francesa: "*Loi núm. 89-1008 du 31 de Décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et a l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social*", más conocida como la "*Ley Doubin*". Si bien las disposiciones que han tenido una mayor influencia en este ámbito proceden del ordenamiento jurídico de

EEUU. Así lo expone KÄRKLINA<sup>32</sup>, quien añade que “esta ley trataba sobre lealtad y equilibrio de las relaciones comerciales, conocida como la “disclosure law” que, aunque no se trataba de una Ley específica orientada para la regulación de la franquicia, la franquicia estaba dentro de su ámbito, conteniendo. el art. 1.1 el deber de información”.

Actualmente, el derecho de obligaciones y contratos en Francia está regido por la Ordenanza n° 2016-131, de 10 de febrero de 2016, que ha culminado un proceso de reforma del derecho francés de obligaciones y contratos, suponiendo el mayor cambio en esta materia desde la promulgación del Código Civil de 1804. Mediante esta reforma se modificó el derecho común de las obligaciones y contratos a través de los arts. 1101 y ss. CCf., pero nada se hizo con respecto a la regulación de los contratos especiales. A los aspectos generales del contrato les son aplicables los principios y normas generales de la contratación del Código Civil y del Código de Comercio. En opinión de SAVAUX<sup>33</sup>, esta Ordenanza supuso “el abandono de ciertas figuras, y la incorporación de otras. Destacando la desjudicialización y la persistencia del modelo clásico del acuerdo de voluntades generadoras de obligaciones, así como el hecho de que se regule el contrato de adhesión y se identifiquen nociones tales como la de justicia contractual”.

Así pues, aunque la franquicia tiene un gran desarrollo en este país, en Francia no existe una Ley de la Franquicia, estando el marco regulatorio conformado por la influencia del derecho de los contratos del Código Civil, del Código de Comercio, del derecho de la Competencia y por la jurisprudencia.

El art. A.441-1 du *Code de Commerce* obliga a cualquier persona que suministre productos o provea servicios bajo un contrato de franquicia a informar a los consumidores de que está actuando como un empresario independiente, de forma visible en todos los documentos, especialmente en aquellos de naturaleza promocional, tanto dentro como fuera del establecimiento.

Por otra parte, en la legislación francesa, si bien los franquiciados no están conceptuados como consumidores, estos se podrán beneficiar de cierta protección jurídica acudiendo al

---

<sup>32</sup> KÄRKLINA, G. (2014). *Pre-contractual obligations in international transactions*. Globe Edit. Pág. 64..

<sup>33</sup> SAVAUX, E. (2016). *El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos*. Poitiers. Pág. 45.

Código de Comercio, en el que la protección de los consumidores aparece como uno de los principios inspiradores de su regulación. Así, por ejemplo, podemos citar el art. L.442-6, I, 2º, que prohíbe la inserción de cláusulas abusivas en los contratos comerciales. Para MENGUY<sup>34</sup> “En relación con esta Ley, el franquiciador puede ser responsable, si somete al franquiciado a unas obligaciones que causen un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones de las partes. Mientras que el sentido de esta norma es bastante abierto, los tribunales han sido más concretos a la hora de interpretarla. Así, por ejemplo, los tribunales han mantenido que una cláusula penal no puede causar ningún desequilibrio”.

“*Le Code de Déontologie Européen de la Franchise*” (El Código Deontológico Europeo de la Franquicia) de 1972, actualizado en el 2011, contiene una “relación de buenas prácticas” a tener en cuenta en las relaciones entre las partes de la franquicia. Este Código adquiere una remarcable relevancia, por ser reconocido y utilizado por los Tribunales franceses en la resolución de conflictos”.

La jurisprudencia y parte de la doctrina francesa nos proporcionan una definición de franquicia, manifestando que se trata de “un acuerdo mediante el cual dos empresarios independientes o personas deciden cooperar, de tal manera que una de ellas (franquiciador), suministra a la otra (franquiciado), el uso de sus signos distintivos (marca, denominación comercial), un *know how* propio y en continua mejora y una asistencia comercial y técnica”.

Incluso en el caso de que la relación no sea calificada por las partes como un contrato de franquicia, cada contrato que contenga los elementos antes citados podría considerarse como de franquicia, lo cual implica que el franquiciador suministra un soporte al franquiciado, cuyo objetivo final es la rentabilidad de la franquicia.

El concepto francés de buena fe tiene un impacto sustancial en la relación entre franquiciador y franquiciado, reduciendo los riesgos a los que ambos están expuestos.

---

<sup>34</sup> MENGUY, G. (2016). Franchising in France: Overview. *Q&A Guide. Practical law*. Pág. 3.

## - EL DERECHO DE ITALIA

Tal y como advertimos al inicio, Italia es el único país de la Unión Europea que dispone de una norma que regula de forma íntegra el contrato de franquicia y lo hace a través de la *Legge n° 129/2004, de 6 di Maggio 2004*, de “*Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale*”, ya que, en Italia, este contrato no gozaba de ningún tipo de regulación hasta el momento de promulgación de la Ley, inspirada en el “*Codice Deontologico*” de la Asociación Italiana de *Franchising* (1995).

De este modo, hasta la fecha de la entrada en vigor de la Ley 129/2004, se trataba de un contrato atípico que ni siquiera contaba con normas relativas a la información precontractual, debiendo acudir para la cobertura de esta laguna legal, al igual que en muchos otros países, a la aplicación de normas generales procedentes del Código Civil.

En este orden de cosas, debemos reseñar a los efectos de valorar su alcance y contenido, que se trata de una ley muy parca que está compuesta únicamente por nueve artículos y, por tanto, como no podía ser de otro modo, ofrece una regulación muy limitada para una situación fáctica especialmente compleja. El resultado es, según nuestro criterio, la presencia de importantes lagunas y carencias, que deben ser complementadas a través del Código Civil y que, a pesar de que han transcurrido dieciséis años desde su promulgación, aún están pendientes de resolución por el legislador italiano.

Con anterioridad a la aprobación de esta Ley, para la regulación del contrato de franquicia, se acudía a las normas de carácter general del Código Civil italiano y a las específicas sobre licencia de marcas y la transmisión del *know how* de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales italianos<sup>35</sup>. asimilándose dicho contrato en algunos casos en la práctica forense y en otros por parte de la doctrina italiana, a la venta de una

---

<sup>35</sup> RUIZ PERIS, J. I., & MARTÍ MIRAVALLS, J. (2005). La nueva Ley italiana de franquicias: perspectiva comparada (I). *Derecho de los Negocios*, N.º 175. Pág. 1. Así lo manifiesta también el autor, añadiendo que “El contrato se regulaba a través de las normas recogidas en el Título II del Libro IV del Código Civil, arts. 1321 a 1570 y por aplicación analógica de los arts. 1470 a 1547 relativos al “*contratti di vendita*”, 1559 a 1570 sobre “*contratti di somministrazione*», que no establecían obligaciones precontractuales de información de ningún género.

concesión, que incluía la licencia de activos intangibles y lo definía como un contrato organizacional con una función asociativa.

En lo que respecta al marco normativo de las franquicias en Italia, además de la *Legge 129/2004*, debemos tomar en consideración las siguientes disposiciones legales:

- a- El Decreto Ministerial núm. 204 de 2 de septiembre de 2005, “*Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale di cui all’articolo 4, comma 2, della Legge 6 maggio 2004, n.º 129*”, de cumplimiento para los franquiciadores, que antes de la fecha de la firma del contrato, operaban exclusivamente en el extranjero.
- b- La *Legge* núm. 287 de 10 de octubre de 1990, “*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*”, que se corresponde con la ley italiana de defensa de la competencia.

La *Legge 129/2004*, después de definir el contrato de franquicia en el art. 1 y el alcance de esta en el art. 2, en el art. 3<sup>36</sup>, en su apartado 1, se refiere a la necesidad de que el contrato de franquicia se formule por escrito; en el apartado 2, se exige que el modelo de

---

<sup>36</sup> Art. 3 *Legge 129/2004*. “Forma y contenido del contrato”:

“1. El contrato de afiliación comercial debe redactarse por escrito bajo pena de nulidad”.

“2. Para el establecimiento de una red comercial de afiliados, el franquiciador debe haber probado su fórmula comercial en el mercado”.

“3. Si el contrato es por un plazo fijo, el franquiciador debe, en cualquier caso, garantizar al afiliado una duración mínima suficiente para la amortización de la inversión y, en cualquier caso, no inferior a tres años. La hipótesis de terminación anticipada por incumplimiento de una de las partes está reservada”.

“4. El contrato también debe indicar expresamente”: “a) el monto de las inversiones y los costos de entrada que el afiliado debe soportar antes del inicio de la actividad; b) los métodos para calcular y pagar *regalías*, y cualquier indicación de un cobro mínimo a realizar por el afiliado; c) el alcance de cualquier exclusividad territorial tanto en relación con otras filiales como en relación con canales y unidades de ventas directamente administradas por el franquiciador; d) especificación del *know-how* proporcionado por el franquiciador al afiliado; e) cualquier método de reconocimiento de la contribución de los *conocimientos* por parte del afiliado; f) las características de los servicios ofrecidos por el franquiciador en términos de asistencia”. técnica y comercial, diseño y construcción, capacitación; g) Las condiciones para la renovación, terminación o posible transferencia del contrato en sí”.



negocio o “fórmula comercial” haya sido probado; en el apartado 3, determina que la duración del contrato deberá tener un mínimo de tres años y, en cualquier caso, ha de ser de un periodo suficiente para que permita la amortización de la inversión y, finalmente en su apartado 4, se detalla el contenido mínimo del contrato, concretando las inversiones necesarias para la puesta en marcha del establecimiento, así como los costos antes de la conclusión del contrato, la exclusividad territorial, especificaciones sobre el *know how*, descripción de que en qué consistirá la asistencia técnica y la formación que el franquiciador deberá suministrar al franquiciado, condiciones de la renovación, etc.

A su vez, los arts. 4, 5, 6 y 8 de la *Legge 129/2004* están destinados a regular las obligaciones precontractuales de las partes y su potencial incumplimiento.

En lo relacionado al ámbito de protección de la Ley, esta se refiere no solo a los contratos de franquicia *stricto sensu*, sino también a los supuestos de las máster franquicias, las cuales han ido adquiriendo relevancia en los últimos años de forma generalizada en la mayoría de países como modalidad de expansión de la franquicia.

## - EL DERECHO DE ALEMANIA

En Alemania no existe una regulación específica sobre la franquicia, ni en la fase contractual ni en la precontractual. Se consideran de aplicación las disposiciones generales de derecho contractual (Código Civil), el derecho de consumidores, el derecho mercantil (Código de Comercio), y el derecho de la competencia desleal.

Tampoco existe una definición legal de franquicia, por lo que debemos acudir a la Asociación Alemana de la Franquicia que ofrece una definición de franquicia, reconocida en parte por los tribunales, y que comienza diciendo: “La franquicia, está basada en una estrecha y continua cooperación entre empresas independientes legal y financieramente separadas, el franquiciador y el franquiciado (...)”.

En particular, es de aplicación el Código Civil cuando el futuro contrato puede contener cláusulas estándar propias de las condiciones generales de la contratación (sección 305 del CCa). Así de acuerdo con la sección 307 CCa, toda cláusula estándar, tiene que ser

razonable y no puede situar indebidamente en una situación de desventaja a la contraparte, de acuerdo con el principio de la buena fe; de lo contrario se declarará nula. A este tipo de cláusulas propias de los contratos de adhesión, les será de aplicación la “*Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen*” (Ley sobre cláusulas estándar y de condiciones).

Según el Código Civil alemán las partes contratantes deben respetar la buena fe, tanto en la negociación como en la ejecución del contrato. Esta es una disposición clave de la ley civil alemana e implica algo más que simplemente actuar razonablemente: requiere una relación de confianza basada en el trato comercial de las partes, en una transacción particular. El principio de la buena fe viene a tener un impacto sustancial en la relación entre las partes del contrato de franquicia, reduciendo los riesgos a los que están expuestos y reforzando las motivaciones económicas que atraen a los franquiciados.

Como consecuencia de diferentes directivas comunitarias, y especialmente la Directiva 1999/44/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo 1999, se aprobó la Ley de Modernización del derecho de obligaciones, de 16 de noviembre de 2001<sup>37</sup> (“*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*”), que entró en vigor el 1 de enero del 2002.

El Código de Ética de la Asociación de Franquicias de Alemania (“*Deutscher FranchiseVerband e.v.*”) no es vinculante para sus miembros. Por lo tanto, solo puede servir como guía general para los sistemas de franquicia de aquel país.

## - EL DERECHO DE GRAN BRETAÑA

---

<sup>37</sup> « *GESETZ ZUR MODERNISIERUNG DES SCHULDRECHTS* ». Exposición de motivos: “Durante el 2002 el Derecho alemán de obligaciones ha experimentado los cambios más extensos desde su codificación en 1900. Primero, a principios del 2002, entró en vigor la ampliamente anunciada y controvertida *Schuldrechtsreform*, que cambió la mayor parte del derecho general de contratos y del régimen de los contratos de compraventa de bienes y de servicios y que los reformó siguiendo la estructura del Convenio de Viena. Sólo ocho meses después vio la luz la siguiente reforma, esta vez modificando el derecho de daños. Esta reforma, que pasó más desapercibida, generó un menor debate a pesar de su gran importancia práctica”.

En Gran Bretaña no está regulado el contrato de franquicia, ni tampoco existen requisitos legales para el registro de franquicias. Por otro lado, tanto los operadores nacionales como internacionales no están sometidos a ningún requisito para la venta de franquicias y disfrutan de plena autonomía privada, estando facultados para acordar libremente lo que consideren oportuno conforme a sus intereses.

Así pues, la regulación del Gran Bretaña sobre la franquicia se sintetiza en:

- a- No hay establecidas obligaciones legales de registro o divulgación, si bien los franquiciadores, en la fase de venta de su franquicia, si están sujetos a la “*Misrepresentation Act*” o Ley de Declaración Falsa de 1967<sup>38</sup>, en relación con el suministro de información falsa.
- b- La distinción legal entre franquiciados, consumidores y agentes es clara.
- c- No existe un deber general de buena fe bajo la ley inglesa que se aplique a las franquicias. Tímidamente, los tribunales lo empiezan a considerar durante la vigencia del contrato, pero no en la fase precontractual.

Si bien, la oferta y venta de franquicias en el Reino Unido no está sujeta a ninguna ley específica, si lo está a los principios generales de los contratos y de las leyes de actos civiles ilícitos. Generalmente, conforme al derecho inglés “el comprador asume el riesgo”, por lo que se contempla tutela legal ni deber de información alguno en la fase precontractual.

#### **a- EL CÓDIGO DE ÉTICA DE LA ASOCIACIÓN BRITÁNICA DE FRANQUICIAS (BFA CODE).**

A falta de regulación específica sobre la franquicia en la mayoría de los países de la UE, los códigos éticos tienen una especial relevancia, porque sus disposiciones son tenidas en cuenta por los tribunales internacionales a la hora de resolver controversias. MARTÍ MIRAVALLS define la función de dichos códigos, concluyendo que, “estos códigos

---

<sup>38</sup> Antes de la MISREPRESENTATION ACT de 1967, el derecho consuetudinario inglés, fundamentaba la declaración falsa, efectuada antes de la formalización de un contrato, en base a dos posibilidades: la fraudulenta y la inocente. Dicha Ley lo que hace es dividir la categoría de la declaración inocente en dos subcategorías: la negligente y la totalmente inocente.

consisten en unos tratados de deberes, que particularmente recogen las normas del correcto ejercicio profesional de la franquicia. Se presentan como manifestaciones de la creación del derecho al margen de la ley y constituyen una respuesta normativa tendente a la cobertura de las nuevas necesidades de los agentes en el tráfico que, por esa vía, se dotan de reglas éticas moralizadoras de su actuación”.

La “*British Franchise Association*” (en adelante BFA), proporciona un marco de autorregulación para sus miembros, aplicando criterios estrictos para la pertenencia a tal asociación, relacionados con las prácticas operativas, los procedimientos comerciales, el contenido del contrato de franquicia y el apoyo ofrecido a los franquiciadores.

Respecto de la resolución de conflictos, la industria de la franquicia y los tribunales británicos recurren a las normas de la Asociación Británica de Franquiciadores (BFA) y a su Código de Ética (*BFA Code*), que incorpora el Código de Ética Europeo para las Franquicias (*European Code of Ethics for Franchising*), junto con ciertas disposiciones específicas del Reino Unido que aclaran las posiciones del Código Europeo, aplicándose exclusivamente a los miembros de la BFA. La BFA ha publicado una guía titulada “La Guía del Código Ético” que complementa el Código Ético<sup>39</sup>.

La BFA requiere que sus miembros cumplan con: a) Su procedimiento disciplinario; b) Su procedimiento de quejas; c) El Código de Prácticas Publicitarias de la Agencia de Estándares Publicitarios (<https://www.cap.org.uk/Advertising-Codes/Non-broadcast-HTML.aspx>); d) El Código Ético (<http://www.thebfa.org/about-bfa/code-of-ethics>)<sup>41</sup>; y e) Ciertos requisitos de información.

Consecuencia de la imposición de estos requisitos, algunos franquiciadores se muestran reacios a convertirse en miembros de la BFA, a pesar de gozar de gran reputación y ética.

---

<sup>39</sup> MARTÍ MIRAVALLS, J. (2008). Los Códigos de conducta en las redes de franquicia: el modelo americano *versus* el europeo. *RDM*, núm. 269. Pág. 269.

<sup>40</sup> BRITISH FRANCHISE ASSOCIATION. *Code of Ethics*, de <https://www.thebfa.org>

<sup>41</sup> BRITISH FRANCHISE ASSOCIATION. *Code of Ethics*, de <https://www.thebfa.org>

Es de destacar que una asociación privada como la BFA constituya en la práctica un órgano regulador cuya normativa es de aplicación por los tribunales ingleses a la hora de resolver controversias sobre franquicias. .

## **b- EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN FASE CONTRACTUAL**

Según la normativa legal inglesa no existe una definición de "buena fe" que se aplique generalmente en la ejecución de contratos. Las autoridades tienen claro que el contenido de un deber de buena fe está fuertemente condicionado por su contexto. Puede haber un significado central de honestidad, pero, puesto en contexto, el significado de la frase requerirá una mayor elaboración. Los ejemplos de diferentes interpretaciones por parte de los tribunales incluyen: fidelidad a un propósito común acordado, actuar dentro del espíritu del contrato, observar estándares comerciales razonables de trato justo y actuar de manera consistente con las expectativas justificadas de las partes.

Si bien la buena fe tiene un significado central de honestidad, no toda mala fe implica deshonestidad. La mala fe puede incluir un comportamiento que se considera comercialmente inaceptable, impropio o inconsciente, pero que en realidad no es deshonesto. Por lo tanto, el hecho de no actuar de buena fe o de actuar de mala fe, no necesariamente requiere fraude u otro tipo de deshonestidad.

El Juez Bingham, L.J., sobre el Caso *"Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programs Ltd"* (1988)<sup>42</sup>, comentó el punto de vista tradicional inglés del concepto del deber de buena fe entre las partes contratantes.

---

<sup>42</sup> Caso *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programs Ltd* [1988]:

*"En muchos sistemas de Derecho civil, y quizás en la mayoría de los sistemas legales fuera del mundo del Common law, la Ley de obligaciones reconoce y hace cumplir un principio fundamental, consistente en que, al formalizar y ejecutar un contrato, las partes deben actuar de buena fe. Esto no significa simplemente que no deben engañarse unos a otros, un principio que cualquier sistema legal debe reconocer. Su efecto quizás se transmita más apropiadamente por coloquialismos metafóricos como "jugar limpio". Es en esencia un principio de trato justo y abierto "*

Los principios de equidad también son similares al concepto de buena fe. Sus orígenes se encuentran en la competencia del Canciller<sup>43</sup>, que facilitaría recursos para mitigar la dureza y rigidez del *Common law*. Las reglas del impedimento por promesa, el desarrollo específico, las medidas cautelares, la consideración, la influencia indebida y más recientemente, la noción de “gangas” irrazonables, todas focalizadas en la necesidad de honestidad y equidad, han llevado a un alejamiento de los principios del *common law*.

El papel histórico de la equidad fue actuar como un correctivo general de la *common law*, de potencial aplicación en todo el derecho. Tanto si se considera que el papel moderno de la equidad en el derecho inglés es vigoroso o algo débil, las doctrinas de la equidad que se aceptan en la práctica judicial moderna tienen una tendencia a traspasar otras categorías legales; por lo que encontramos que en las leyes inglesa e irlandesa se recurre a doctrinas de equidad que se aplican más allá del contrato, un ejemplo notable detrás de la doctrina del estoppel o de los actos propios. Hay que decir, que estas doctrinas carecen del soporte de las doctrinas civiles de la buena fe o del abuso de derecho.

Por lo tanto, bajo ciertas circunstancias, la equidad funciona casi como un instrumento correctivo como lo hace el principio de buena fe en las jurisdicciones civiles.

Los tribunales también han intervenido, limitando la efectividad de las cláusulas contractuales relativas a la exclusión y la exención, dado que el derecho consuetudinario no establece ninguna norma por la que una cláusula de exclusión sea declarada inaplicable por ser injusta o irrazonable. Normas, como la “*Partnership Act 1890*” y la “*Unfair Contract Terms Act 1977*”, también imponen principios de buena fe.

En este sentido, resulta indudable que la Unión Europea ha tenido una influencia remarcable sobre la ley inglesa. La noción continental de buena fe ahora tiene un impacto en la legislación británica. Al respecto, nótese que tanto “*La Uniform Law of International Sales Act 1967*”, “*la Commercial Agents Regulations 1993*” como la “*Unfair Terms in*

---

<sup>43</sup> LA *COURT OF CHANCERY* (Tribunal de la Cancillería) fue un tribunal de Inglaterra y Gales creado en el siglo XIV, para poder superar en determinados casos a la rígida *common law*, que surgidos con el transcurrir del tiempo generaban nuevas situaciones donde se requería de la aplicación de un principio de equidad. Dicho Tribunal tenía competencias para revocar sentencias dictadas por los tribunales de la *common law*.

*Consumer Contracts Regulations 1999*” contienen disposiciones referentes al concepto de buena fe.

Hasta la fecha, los tribunales ingleses se han mostrado reacios a reconocer un deber universal implícito de buena fe que no sea para ciertas categorías de contratos, como el empleo y las relaciones fiduciarias. Esto se debe, en parte, a la preocupación de que podría generar demasiada incertidumbre jurídica, por la vaguedad y subjetividad de la obligación que implica tal principio. También va en contra de la libertad de contratación: ¿por qué interferir en un contrato en el que las partes han negociado libremente los términos? En lugar de imponer principios amplios y generales de buena fe en los contratos, la ley inglesa ha evolucionado desarrollando soluciones particulares en respuesta a problemas particulares, incluso tratando situaciones específicas que pueden ser injustas.

#### a- CASOS EN QUE SE HA APLICADO LA BUENA FE

El *Caso Fleet Mobile Tires Limited v. Stone y Another*<sup>44</sup> muestra cómo en las disputas de franquicias, aunque no se reconozca legalmente la obligación del franquiciador de actuar de manera justa o razonable, los tribunales van más allá de la estricta letra de un acuerdo de franquicia y aplican el principio de equidad para proteger lo que el tribunal considera la parte "inocente".

Dos casos de interés proporcionan un buen ejemplo del equivalente inglés a un deber de buena fe que se tiene en consideración en un conflicto sobre contrato de franquicia conforme a la ley inglesa:

---

<sup>44</sup> (2006) EWCA Civ 1209 *Fleet Mobile Tires Limited v. Stone y Another* (que se comercializa como Tire 20). La Cámara de los Lores rechazó una solicitud del franquiciador, Fleet Mobile Tires, para apelar contra una decisión controvertida del Tribunal de Apelación que permitía a un franquiciado rescindir su contrato de franquicia después de un cambio de marca forzado por parte del franquiciador. Reducir más del 6% acordado con franquiciado y cambiar su enfoque de marca fueron violaciones tan fundamentales en la opinión del Tribunal de Apelación que dieron derecho a la rescisión de contrato.

En el *Caso MGB Printing v. Kallkwik*, el tribunal señaló una obligación para el franquiciador de garantizar al franquiciado al que le prestaba servicios utilizando una habilidad y cuidados razonables sobre la base de la "eficacia comercial".

En el *Caso Stream Healthcare v. Pitman*, el tribunal dictaminó que el franquiciador debía proporcionar los servicios al franquiciado cuando fuere razonablemente requerido o solicitado. La Sección 13 de la Ley de Suministro de Bienes y Servicios del Reino Unido de 1982 también se puede aplicar para alcanzar un resultado similar, ya que establece que los servicios prestados en el curso del negocio del proveedor deben llevarse a cabo con un cuidado y habilidad razonables.

Actualmente, los tribunales están preparados para aplicar una obligación general de buena fe, en relación con el ejercicio de ciertos derechos u obligaciones específicos de una parte del contrato. Así, por ejemplo, en el Caso de *Astrazeneca UK Limited v. Albemarle International Corporation y otros*, el Tribunal Superior de Inglaterra; Flaux J; [2011] EWHC 1574 (Comm); 21 de junio de 2011, dictaminó que una cláusula contractual en un acuerdo de suministro que otorgaba al suministrado un "*right of first refusal*" debía ser ejercida por el cliente de "buena fe". En ese caso, el cliente contrató los servicios de un proveedor externo sin proporcionar al proveedor original la oportunidad de igualar la oferta del tercero. El juez sostuvo que, en estas circunstancias, el cliente estaba obligado a actuar de buena fe y a proporcionar al proveedor original una información "completa y justa" de los términos precisos de cualquier acuerdo con terceros que el cliente estuviera dispuesto a aceptar, incluso si los términos del contrato podían requerir una mayor negociación o incluso podían dar lugar a una cancelación del contrato. No había ninguna declaración expresa de "buena fe" en el contrato, pero el tribunal aplicó la exigencia de un deber legalmente vinculante de buena fe. Este caso es relevante para aquellos contratos de máster-franquicia que otorgan al máster-franquiciado un "*right of first refusal*" para una extensión del territorio o para uno de nuevo.

#### b- EL CASO YAM SENG Y EL CAMBIO DE DIRECCIÓN DE LOS TRIBUNALES INGLESES



El concepto de buena fe bajo la ley inglesa en “acuerdos relacionales” – concepto que abordaremos más adelante - como el de franquicia y el de distribución de larga duración ha dado un salto sustancial hacia adelante con la reciente decisión de la High Court of Justice Queen’s Bench Division en relación con el caso *Yam Seng Limited v International Trade Corporation Limited* ([2013] EWHC 111 (QB) de 1 febrero 2013).

En mayo de 2009, la empresa, con sede en Singapur, *Yam Seng* firmó un acuerdo de distribución exclusiva con la compañía inglesa *International Trade Corporation (ITC)*, para comercializar artículos de tocador de la marca *Manchester United* en puntos de venta libres de impuestos en Asia y Medio Oriente.

Desafortunadamente, la relación estuvo lejos de ser exitosa y el juez sostuvo que el *CEO* de *ITC* engañó a *Yam Seng* sobre la posición legal, comercial y logística de su empresa y no cumplió de forma reiterada con los plazos para suministrar productos a *Yam Seng*. Además, hizo promesas que sabía que eran inalcanzables y facilitó información a *Yam Seng* que el juez consideró que era falsa. *Yam Seng* rescindió el acuerdo y demandó a *ITC* reclamando una indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de contrato y engaño.

El juez falló a favor de *Yam Seng* y condenó a la demandada a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato y tergiversación o engaño.

Una cuestión importante que se le pidió al tribunal fue que considerara - en el contexto de si la conducta de *ITC* involucraba violaciones suficientemente graves del contrato para justificar la terminación del acuerdo por parte de *Yam Seng* - si el deber de buena fe estaba implícito en las obligaciones del contrato.

El Sr. Justice Leggatt sostuvo que el acuerdo contenía una obligación implícita exigible de las partes de actuar de buena fe y concluyó que *ITC*: 1- falló en su deber de actuar de buena fe, perjudicando las ventas de *Yam Seng*, porque ofreció los mismos productos en el mercado en el que operaba *Yam Seng* a un precio inferior al que este se le estaba permitido ofrecer. 2- Dio instrucciones a *Yam Seng* para que realizara unos gastos en máquetin para productos de *ITC*, que este último no fue capaz o no quiso suministrar. 3- Suministró información falsa que perjudicó a *Yam Seng*.

Se consideró que estos incumplimientos justificaban la rescisión del acuerdo por parte de *Yam Seng* y daban derecho a la indemnización de daños y perjuicios que solicitaba *Yam Seng*.

Leggatt J. continuó analizando con gran detalle y claridad por qué la ley inglesa debía imponer una obligación de buena fe en tal situación. Leggatt J. reunió los antecedentes dispares de la jurisprudencia inglesa sobre la buena fe en los contratos comerciales y explicó la importancia de la buena fe implícita en lo que él llamó “acuerdos relacionales”, que son acuerdos a largo plazo que requieren una amplia cooperación y un alto grado de comunicación, confianza mutua y expectativas de lealtad, como los de franquicia y de distribución. Nótese que no había ninguna disposición expresa en el contrato que tratara de cualquiera de estos puntos.

Leggatt J. basó la aplicación del deber de la buena fe, en el reconocimiento jurídico que ostenta en otros países del *Common law* como Australia y trató de mitigar la tradicional hostilidad inglesa hacia este principio general del derecho. Si bien Leggatt J. dudaba de que los tribunales ingleses reconocieran el requisito de buena fe, como un deber establecido por ley en todos los contratos comerciales, justificó su aplicación en el acuerdo de distribución entre *ITC* y *Yam Seng*, basándose en la presunta intención de las partes y el contexto en el que se realizó el contrato.

Leggatt J. concluyó que los antecedentes podrían incluir valores compartidos y normas de comportamiento (tanto generales como específicas de un comercio o industria en particular), así como los hechos específicos conocidos por las partes.

Leggatt J. sostuvo que la prueba de buena fe es objetiva (no subjetiva) y consiste en preguntarse si una persona razonable y honesta consideraría que la conducta en cuestión es inaceptable comercialmente. De tal forma que no está basada en las percepciones de las partes de lo que es una conducta impropia.

Leggatt J. argumentó que el reconocimiento de un deber de buena fe es consistente con el enfoque caso por caso utilizado por los sistemas de *Common law* y no es una restricción ilegítima de la libertad de contratación de las partes, ya que está abierto a ellas para restringir dicho deber, a través de los términos expresados en el contrato.

El *Caso Yam Seng* es el más significativo de la serie actual de casos de buena fe. Podría decirse que el concepto se utilizó para dar credibilidad jurídica a la opinión del juez, según la cual, *ITC* había cometido un error, por el que *Yam Seng* debería obtener alguna reparación. Los hechos del caso eran bastante específicos y se acreditó claramente que concurrió mala fe y deshonestidad por parte del *ITC*. Desde una perspectiva estrictamente científica, habría sido instructivo que se hubiera recurrido dicha resolución en aras de conocer si el Tribunal Superior la hubiera confirmado o no.

#### c- LA ETAPA *POST YAM SENG*

El tribunal de la England and Wales Court of Appeal (Civil Division) vio la apelación del Caso de *Mid Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK & Ireland Ltd (t / a Medirest)* ([2013] EWCA Civ 200 de 15 de marzo 2013), en cuya sentencia sostuvo que el derecho de un cliente a deducirse unos descuentos, debido a un desempeño inferior al estándar por parte del proveedor, debe ser ejercitado de manera coherente con una cláusula de "cooperación de buena fe" y de forma que promueva el "propósito común" del contrato.

También se consideró que la cláusula de "cooperación de buena fe", conlleva una obligación jurídica de las partes de no hacer "cosas no razonables" que podrían dañar o perjudicar la relación de las partes. Sin embargo, en marzo de 2013, el Tribunal de Apelación anuló esta decisión. El Tribunal de Apelación sostuvo que la cláusula de cooperación de buena fe debería interpretarse de forma restrictiva y no se podía aplicar extensivamente para cubrir todas las interacciones de las partes. El Tribunal sostuvo que había cláusulas en el acuerdo que ya regulaban los derechos y obligaciones de las partes, en las que ya se consideraba el caso de que una de ellas abusara del régimen de nivel de servicio y, por lo tanto, no era necesaria una obligación implícita de buena fe.

El centro de la disputa no era una franquicia ni una relación de distribución. Era un contrato de 7 años para la prestación de servicios de limpieza y restauración por parte de la mercantil *Compass* al hospital *NHS Trust* y, por lo tanto, un contrato de tracto sucesivo a largo plazo en el que las partes necesitaban poder negociar entre ellas con confianza mutua. Es interesante observar que Jackson LJ - juez que dictó la sentencia principal de

los 3 jueces de apelación - hizo solo una referencia al *Caso de Yam Seng*, diferenciado el tipo de acuerdo alcanzado entre este y el de *Compass*, pero sin hacer ninguna referencia a la decisión que se tomó en el *Caso Yam Seng*.

DRAKES<sup>45</sup>, sintetizó este principio general en el ordenamiento jurídico inglés de la siguiente forma: “la Sentencia *Yam Seng*, fue un intento de permitir que el genio de la buena fe saliera de la botella, la decisión de *Compass* puede interpretarse como la apelación del tribunal que actúa con rapidez para intentar volver a introducirla”.

#### d- A MODO DE RECAPITULACIÓN

La idea de que el principio de buena fe no rige en derecho inglés ha quedado desfasada, aunque sigue siendo correcta esta afirmación en relación con la fase precontractual. Ahora bien, está claro que un concepto implícito de buena fe está siendo reconocido por los tribunales como jurídicamente vinculante durante la fase de ejecución de los contratos, especialmente si la ejecución está diferida a largo plazo, como los de franquicia.

Cuando la buena fe se erige en el sistema como jurídicamente vinculante, puede materializarse en otros principios jurídicos como el trato justo, transparencia y honestidad, según las circunstancias y el contexto concreto. Sin embargo, si bien la decisión de *Yam Seng* es un hito en el reconocimiento jurídico del principio de buena fe, haciendo que no necesariamente represente un cambio drástico en las actitudes de los tribunales ingleses. Los casos posteriores a *Yam Seng*, como *TSG* y *Compass*, ilustran que es probable que los tribunales defiendan la interpretación más tradicional y estrecha de la doctrina de la buena fe.

Además, la obligación de actuar de buena fe no estará implícita si las disposiciones del contrato establecen adecuadamente las obligaciones de las partes entre sí, de modo que no sea necesaria una obligación implícita. En este sentido, allá donde exista una obligación expresa de actuar de buena fe en relación con a un derecho u obligación

---

<sup>45</sup> DRAKES, G. (2013). « *An Implied Duty of Good Faith in English...* ». Op. Cit. Pág.18.

específica se interpretará de manera restringida y no significa que la relación completa de las partes se rija por una obligación general de buena fe.

Hemos de concluir que lo que el Caso *Yam Seng* aporta indiscutiblemente al derecho inglés en materia de franquicias es una munición adicional para el arsenal del abogado que defiende los intereses y derechos del franquiciado. El Caso ya ha sido citado por los franquiciados descontentos y sus abogados y es solo cuestión de tiempo que el caso sea citado y analizado por un tribunal en relación con una disputa por franquicia. Y será entonces cuando el Caso *Yam Seng* tendrá un verdadero impacto en las disputas relativas a contratos de franquicia.

#### - **EL DERECHO DE EEUU.**

Es remarcable que el entorno regulatorio de la franquicia, representado por una maraña de leyes que regulan aspectos como la oferta y venta de franquicias en el ámbito pre y contractual, la competencia, el registro de franquiciadores, el registro de marcas, la competencia desleal, actos y prácticas de engaño, secretos industriales, etc. estructurada en dos diferentes niveles normativos que son el federal y el estatal, en un país regido por una Constitución federal y 50 Constituciones estatales, por un Tribunal Supremo a nivel federal y 50 Tribunales Superiores estatales, en un espacio de soberanía nacional difusa compuesta por 50 soberanías estatales. Y, a pesar de dicho *totum revolutum* es el país con mayor número de franquicias del mundo, donde existen los franquiciadores de mayor dimensión económica y donde, mejor que cualquier otro país, se ha sabido desarrollar no solo el mercado nacional sino exportar al resto de países este modelo de distribución comercial a través de sus potentes enseñas franquiciadoras.

Téngase en cuenta que el federalismo determina la estructura y naturaleza del sistema jurídico estadounidense, y que es esencial para un buen estudio del derecho contractual de EEUU y, en particular, de la relevancia del principio de la buena fe. En este sentido, recuérdese que la Constitución de EEUU diseña un sistema en el que los Estados miembros de la Federación ceden o renuncian a una parte de su soberanía para otorgarla al Estado Federal. Por tanto, el sistema político federal, supone la existencia de dos niveles de soberanía o de poder político compartido. Por otro lado, reserva al Estado Federal la competencia exclusiva de legislar sobre un reducido número de materias. Su

competencia es por tanto excepcional. Las materias no reservadas al Estado Federal son legisladas por los Estados Federados, ya que se considera que ellos tienen las facultades originarias derivadas de la Constitución.

En la cúspide del ordenamiento jurídico esta la Constitución que rige para todos los Estados y cincuenta constituciones, una para cada Estado Federado. La jurisprudencia emana del Tribunal Supremo federal (*federal case law*) y de los cincuenta Tribunales Superiores, correspondientes a cada uno de los Estados Federados.

En la regulación de la franquicia juega un papel relevante la *Federal Trade Commission* (FTC), agencia gubernamental federal, aprobada por el Congreso de los EEUU en 1914, cuando el Presidente Wilson promulgó la Ley de la FTC<sup>46</sup>. Es, por tanto, una agencia independiente cuya principal misión es la protección del consumidor y la eliminación y prevención de prácticas comerciales anticompetitivas<sup>47</sup>. Es remarcable el hecho de que

---

<sup>46</sup> *LA FEDERAL TRADE COMMISSION*: “Es una agencia independiente encargada de prevenir prácticas comerciales desleales o engañosas. Aunque la FTC no tiene autoridad para castigar a los infractores, puede supervisar el cumplimiento de las leyes comerciales, realizar investigaciones legales, emitir órdenes de cese y desistimiento, convocar audiencias públicas presididas por un juez de Derecho administrativo, solicitar medidas judiciales formales o presentar demandas civiles en tribunales de distrito de EE. UU., y asegurarse de que se cumplan las órdenes judiciales. La FTC busca proteger a los consumidores regulando la publicidad, el *marketing* y las prácticas de crédito al consumo y trabaja para proteger a las empresas evitando los acuerdos anti monopolio y otras prácticas injustas. Además de desempeñar esas funciones cuasi judiciales y cuasi legislativas, la FTC promueve el cumplimiento voluntario a través de una variedad de procedimientos cooperativos, como emitir guías de la industria, escribir opiniones consultivas y abogar en los tribunales y entre las legislaturas y agencias gubernamentales por obtener el apoyo de libre comercio y justo”. “*Federal Trade Commission.*” *Merriam-Webster.com*. *Legal Dictionary*, MerriamWebster; <https://www.merriamwebster.com/legal/Federal%20Trade%20Commission> (recuperado el 10 de Marzo 2020).

En la web de la *FEDERAL TRADE COMMISSION*, se ofrece soporte, asesoramiento y protección contra el fraude de franquicias: <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/selected-industries/franchises%2C-business-opportunities%2C-and-investments>

<sup>47</sup> SHERMAN, A. J. (2011). *Franchising & Licensing: two powerful ways to grow, your business in any economy - Fourth Edition*. Amacom, pags. 69- 91. KHURTSIDZE, T. (2013). *Franchise Agreement*. Saarbrücken: Lambert Academic Publishing, pags. 57-64. Sherman hace un detallado estudio de la regulación de la franquicia en USA, especialmente de la FTC Rule que entró en vigor en 1979 y cuya descripción completa es “*Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*”. Por otro lado, Khurtsidze T.

en EEUU, a diferencia de los países de *Civil law* de la UE, se asimile consumidores a franquiciados<sup>48</sup> a efectos de aplicación de la *FTC Rule* o de Ley de la franquicia y que un organismo gubernamental como la FTC tenga poderes otorgados por el Congreso de los EEUU para regular y supervisar la aplicación de la norma.

Así pues, las funciones estratégicas de la FTC son:

- a- Proteger a los “consumidores” de las prácticas injustas y engañosas en el mercado.
- b- Hacer cumplir las leyes antimonopolio, ayudando a garantizar que los mercados sean abiertos y libres, impidiendo las fusiones anticompetitivas y las prácticas comerciales que podrían dañar a los consumidores al generar precios más altos, menor calidad, menos opciones o menores tasas de innovación.

A lo largo de los años, el Congreso de los EEUU fue aprobando leyes para regular y controlar la contratación en los ámbitos de consumidores y de la competencia.

Si bien, en EEUU no existe un requisito general para que un franquiciador se comporte en todo momento con imparcialidad y razonabilidad, existen factores económicos importantes que decididamente se inclinan hacia el trato justo para con los franquiciados. Así pues, los sistemas de franquicias que se aprovechan de manera injusta de sus franquiciados pueden verse incapacitados para vender nuevas unidades si sus franquiciados no tienen éxito o están disconformes. En un mercado tan altamente competitivo como el sector de las franquicias en EEUU las evoluciones negativas de los franquiciados pueden llegar a tener un impacto negativo importante en los franquiciadores, ya que están obligados a revelar en sus FDD cuando sus establecimientos de la red cierran o fallan.

Por lo tanto, si bien es posible que no exista un requisito legal para un actuar de manera justa y razonable en todos los casos, los franquiciadores deben pensárselo bien y antes de considerar sus beneficios económicos inmediatos deben valorar la salud a largo plazo del

---

profundiza también sobre dicha regulación reafirmando la importancia para la franquicia del mantenimiento de los mecanismos de justicia en relación con la información precontractual.

<sup>48</sup> <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/consumers-guide-buying-franchise>;  
<https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do>

sistema, y abstenerse de ejercer un derecho de tal forma que pueda situar en el medio o largo plazo a un establecimiento franquiciado fuera de la red.

Por otro lado, existen otras excepciones relativas al contrato de franquicia que pueden requerir una conducta de buena fe. Además de los requisitos relativos de la actuación de la buena fe en el derecho común, algunos Estados tienen estatutos de relaciones de franquicia que requieren de una conducta de buena fe por parte de los franquiciadores. Estos estatutos estatales específicos pueden anular o invalidar el contenido del contrato, y prohibir, entre otras cosas, una conducta injusta por parte de un franquiciador. En algunos casos, incluso requieren “buenas razones” para terminar el contrato, independientemente de lo que se estipule en él.

Muchos de estos estatutos de “relación” también contienen disposiciones contra la “renuncia” que prohíben cualquier intento de anular o renunciar a su protección legal a través del clausulado del contrato. Además, también según los estatutos estatales, la conducta de un franquiciador, si es injusta, puede convertirse en “injusta y engañosa”.

#### a- LA *FTC-RULE* (LA LEY DE LA FRANQUICIA)

A lo largo de los más de doscientos años desde la independencia de las trece colonias americanas - de lo que hoy constituye los EEUU - respecto de la metrópoli inglesa, el *Common law* americano se ha ido distanciando en muchos aspectos del modelo inglés.

El *Common law* americano se diferencia del inglés por una mayor tendencia a la compilación del derecho, un mayor equilibrio entre el derecho legislado y el derecho jurisprudencial, una diferente aplicación de la teoría del precedente o “*stare decisis*”, el “*judicial review*”, o el control constitucional de la ley; diferencias especialmente relevantes en el caso de los contratos mercantiles.

La franquicia en EEUU es una industria fuertemente regulada que se rige por leyes federales y estatales complejas. A nivel federal, la fase precontractual de la franquicia está regulada y supervisada por la *Federal Trade Commission* (FTC), en lugar de la Comisión de Valores. Sin embargo, la *FTC Rule* no regula la relación entre franquiciadores y franquiciados, ya que su cometido es regular la oferta y venta de



franquicias e imponer un deber de información precontractual, garantizando que todo potencial franquiciado esté suficientemente informado antes de adquirir una franquicia.

De esta forma, todo lo relativo a la información precontractual, constituye la columna vertebral de la regulación referida a la franquicia en los EEUU. No obstante, se regulan también otros aspectos de este tipo de relación contractual, en la fase preparatoria o de tratos preliminares.

Como podemos observar, el nivel de autonomía legislativa que tienen los Estados es de tal entidad que, incluso existiendo unas normas a nivel federal establecidas por la *FTC*, cada Estado puede decidir si las aplica o no y en qué grado lo hace, lo cual, sin duda no deja de añadir un factor de complejidad para los franquiciadores a la hora de decidir donde establecer su sede social. El hecho de que se haya regulado a nivel federal la fase precontractual, concretada en la oferta/venta y el deber de información hace patente la preocupación de este país por evitar el fraude en los contratos de franquicia, mientras que la regulación de la parte contractual y *post* contractual se ha dejado para los Estados.

La exposición de motivos de la *FTC Rule* dispone que ha sido necesaria esta regulación porque se había detectado en el tráfico mercantil un nivel muy alto de fraude generalizado en la “venta de franquicias”, utilizando materiales y documentos con información falsa o intencionalmente tergiversada sobre el franquiciador, el modelo de negocio, las inversiones necesarias y las condiciones contractuales.

#### b- *LAS RELATIONSHIP LAWS*

Mientras que en la *FTC Rule* se encuentran recogidos los requisitos relacionados con la divulgación de la información, la normativa federal no dispone de regulación alguna sobre las obligaciones y derechos de las partes en el contrato de franquicia.

Sin embargo, veintiún Estados han promulgado leyes, denominadas *Relationship Laws* (en adelante, denominadas “Leyes de Relaciones”) que rigen los aspectos fundamentales del negocio jurídico de franquicia. Leyes que fueron aprobadas en la década de 1970 como consecuencia de los abusos por parte de los franquiciadores que estaban cometiendo contra los futuros y actuales franquiciados.

Las Leyes de Relaciones, que son con carácter general de ámbito estatal, regulan aspectos contractuales para limitar los abusos por parte de los franquiciadores en relación con la terminación, no renovación y/o transferencia del contrato, apertura de una nueva unidad de propiedad del franquiciador en las inmediaciones de la ubicación del franquiciado (“invasión”). Además, de regular sobre los límites a los acuerdos posteriores de no competencia, permitiendo la libre asociación entre los franquiciados, la exigencia de actuar de buena fe o con razonabilidad con los franquiciados, así como las prohibiciones de renuncia respecto de la protección que otorga la Ley estatal.

La mayoría de las Leyes de Relaciones estatales cuando tratan sobre la facultad del franquiciador para rescindir o no renovar la franquicia exigen que se acredite “una buena causa” (o una “causa razonable”) para ello. Una buena causa, se daría en el supuesto de que el franquiciado incumpla una de las obligaciones principales del contrato.

Así pues, Las Leyes de Relaciones prohíben prácticas abusivas por parte de los franquiciadores, pudiendo variar de un Estado a otro y compartiendo el objetivo común de tratar de equilibrar el poder de negociación asimétrico o desigual que caracteriza toda relación franquiciador-franquiciado, siendo esta última la parte débil del contrato.

Además de las Leyes de Relaciones de franquicia, existen leyes federales y estatales que regulan las relaciones de franquicia de industrias específicas, dada su relevancia, como es el caso de las de estaciones de servicio, los concesionarios de automóviles, la distribución de vinos/cervezas/licores, etc. A modo de ejemplo, citamos la Ley Federal de Prácticas de Mercadeo del Petróleo.

Así mismo, 28 Estados disponen de leyes sobre prácticas comerciales desleales (referidas a las “Pequeñas Leyes” de la FTC), que otorgan a los franquiciados un derecho privado de acción si un franquiciador realiza prácticas comerciales desleales.

Algunos Estados regulan también la jurisdicción. Unos Estados exigen que el establecimiento franquiciado esté ubicado en su Estado para que se apliquen sus Leyes de Relaciones, mientras que otros aplican un alcance más amplio, permitiendo que sus Leyes de Relaciones se apliquen tanto si el establecimiento está dentro del Estado como si el franquiciado es residente o está domiciliado en el Estado.

Como decíamos con anterioridad, las Leyes de Relaciones regulan también el supuesto de renovación de la franquicia. En general, los franquiciados no tienen derecho a indemnización por daños en el supuesto de que un franquiciador viole una Ley de Relaciones que restrinja el derecho de este a no renovar el contrato.

Consideramos relevante, como el derecho de *Common law* de EEUU, relacionado con la franquicia, a través de las Leyes de Relación, introduce en la relación franquiciador-franquiciado el concepto de la “justa causa”, para los casos de rescisión de contrato. En este sentido, la mayoría de las Leyes de Relaciones requieren que el franquiciador tenga una “justa causa” antes de rescindir un contrato de franquicia. De este modo, “justa causa” se define en los Estados de Minnesota, Nebraska, Nueva Jersey, Rhode Island y Wisconsin como el incumplimiento por parte del franquiciado de cumplir sustancialmente con los requisitos impuestos por el franquiciador. A su vez, el Estado de Iowa define la “justa causa” como “una razón comercial legítima” y, de manera única, requiere que la terminación no sea arbitraria o caprichosa en comparación con los actos del franquiciador en circunstancias similares. En otros Estados, el término “justa causa” no está definido como tal, recurriendo a la técnica de definición *ad exemplum*. El hecho de que el franquiciado no cumpla sustancialmente con los requisitos impuestos por el franquiciador es solo un ejemplo de “justa causa” en estos Estados.

#### c- LA UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK (USPTO)

Como es sabido, EEUU es un país miembro del Convenio de París y del Protocolo de Madrid, cuya membresía permite que una marca sea registrada internacionalmente con efectos en los países miembros a través de un proceso uniforme (una “Solicitud Internacional”). A nivel federal, la USPTO es la agencia responsable del registro de las marcas. Si la marca es aprobada, se publica en el Boletín Oficial, a efectos de que puedan tener constancia terceros y manifestar su oposición. Posteriormente, si no hay oposiciones, el titular de la marca recibe una “avisos de autorización” para poder usarla en el comercio.

Aunque los Estados de la Unión tienen también sus propios registros nacionales de marcas, se recomienda a los franquiciadores que, las registren en la oficina federal. Si el

franquiciador, propietario de una marca registrada, cree que se está infringiendo su marca puede presentar una demanda ante un tribunal estatal o un tribunal federal por infracción de marca registrada. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los propietarios de marcas comerciales eligen demandar por infracción en un tribunal federal. Incluso cuando un demandante elige un tribunal estatal, puede que el acusado haga que el caso sea "retirado" a un tribunal federal.

#### d- APLICACIÓN DE LA *COMPETITION LAW*

En EEUU la *Competition Law* se denomina generalmente “Ley antimonopolio” y a diferencia de otros países, como los de la UE, no regula directamente la oferta y venta de franquicias, lo cual es competencia de la FTC y de los estatutos de ciertos Estados de la Unión, como Nueva York y California, si bien, estas normas no se consideran leyes “antimonopolio” o de “competencia”.

Así pues, en EEUU existen leyes “antimonopolio” que afectan al mercado de las franquicias. A nivel federal, los principales estatutos antimonopolio que se pueden aplicar a las franquicias son la *Ley Sherman*, que prohíbe la conducta anticompetitiva o monopolística, la *Ley Clayton Antitrust* y la *Ley Robinson Patman* que prohíbe la discriminación anticompetitiva de precios y el trato exclusivo. La Sección Antimonopolio del Departamento de Justicia de los EEUU y la FTC cooperan para hacer cumplir las leyes federales antimonopolio.

En 1914, el representante Henry De Lamar Clayton, de Alabama, presentó una legislación para regular el comportamiento de grandes corporaciones destinados a destruir a sus competidores. El proyecto de ley fue aprobado por la Cámara de Representantes el 5 de junio de 1914. La ley es aplicada por la FTC y prohíbe los contratos de venta exclusivos, ciertos tipos de reembolsos , acuerdos de transporte discriminatorios, maniobras locales de reducción de precios y ciertos tipos de sociedades holding . Según la FTC, la Ley Clayton también permite a los particulares emprender acciones legales contra empresas y buscar daños triples cuando han sido perjudicados por una conducta contra la Ley Clayton. También pueden solicitar y obtener una orden judicial contra cualquier práctica anticompetitiva futura.

Por otro lado, casi todos los Estados, han promulgado sus propias leyes antimonopolio, que generalmente se basan en los estatutos federales antimonopolio, aunque pueden diferir en algo. Para evitar conflictos sobre la normativa aplicable a cada caso, los profesionales de la franquicia deben consultar las normas federales y estatales.

En contraste con lo que se regula a nivel de la Unión Europea, para todos sus Estados miembros, a través del art. 101 TFUE, en los últimos años, los tribunales estadounidenses, han limitado significativamente la aplicación de las leyes antimonopolio en el mercado de las franquicias, impidiendo que tengan éxito reclamaciones relativas a la imposición o fijación de precios máximos o mínimos. Como también se ha limitado la utilización de requisitos exclusivos de negociación como sería el caso de hacerlo con proveedores designados por el franquiciador, o que vinculen, como la obligación de comprar productos no relacionados con la marca registrada.

Un contrato de franquicia en el que se recojan claramente los requisitos contractuales para comprar ciertos bienes o servicios, las restricciones a la capacidad de un franquiciado para realizar negocios libremente o las relativas a que los franquiciados compren únicamente a los proveedores de los franquiciadores puede superar sin demasiadas dificultades los conflictos por reclamaciones antimonopolio.

Además, es recomendable para los franquiciadores que, en el documento de divulgación<sup>49</sup>, expliciten de forma detallada cualquier aspecto potencialmente anticompetitivo de la relación de la franquicia con el fin de reducir cualquier responsabilidad potencial de la Ley antimonopolio. Planteamiento que valoró como muy interesante y que nuestro ordenamiento jurídico (art. 3 del RD 201/2010) no contempla.

En relación con la exigencia de que el suministro de otros productos relacionados con los que son objeto de la franquicia sea realizado por el franquiciador o proveedor autorizado por el franquiciador es necesario que se pacte dicha limitación de forma expresa en el

---

<sup>49</sup> LA *FTC RULE* establece unas obligaciones legales para los franquiciadores, entre las cuales la más relevante es la obligación de entregar a los futuros franquiciados un documento llamado *Franchise Disclosure Document (FDD)* o documento de divulgación, el cual contiene información muy completa y detallada sobre la franquicia y el franquiciador, necesaria para la correcta formación de su consentimiento contractual.

contrato y debe reflejarse en el documento de divulgación. En algunos supuestos, los precios impuestos por el franquiciador para el suministro pueden ser tan onerosos, que pueden llegar a violar un estatuto estatal y dar lugar a reclamaciones por parte del franquiciado. Así, por ejemplo, conforme a las Leyes de Relación de franquicias del Estado de New Jersey se considera ilícito “imponer estándares de rentabilidad no razonables a un franquiciado”.

La Ley federal antimonopolio permite el uso de un precio de reventa. Si ello causa un efecto adverso en la competencia entre marcas se aplica la prueba de “regla de la razón” consistente en valorar si dicha práctica mercantil causa una restricción irrazonable del comercio respecto de los competidores en términos económicos. Este es el fundamento que aplican los tribunales para resolver este tipo de reclamaciones. Sin embargo, existen estatutos estatales en los que se prohíbe el uso de los precios mínimos, al igual que lo hace el art. 101 TFUE de la Unión Europea.

La *FTC Rule* puede permitir que un franquiciador solicite el amparo de la *FTC* en caso de que un agente económico esté utilizando métodos desleales de competencia que afectan al comercio. Las Pequeñas Leyes de la *FTC*, de algunos Estados también pueden aplicarse.

#### e- EL PRINCIPIO DE BUENA FE

El principio de buena fe y trato justo ha sido adoptado por casi todos los Estados de EEUU y es aplicable a una gran variedad de contratos, incluidos los de franquicia; existiendo, sin embargo, limitaciones significativas respecto de su alcance. El pacto de buena fe y trato también es un criterio hermenéutico respecto de la intención de las partes en cada caso concreto, especialmente cuando el contrato no regula una cuestión jurídica sobre la que existe controversia.

Los tribunales de EEUU han venido desarrollando y aplicando principios en aras de promover la equidad en las relaciones contractuales de la franquicia, con la finalidad de impedir que la parte que ostenta mayor poder se aproveche de manera injusta y que se preserve la confidencialidad respecto de la información obtenida en virtud del negocio

jurídico. En la práctica contractual uno de los principios más importantes es el de la buena fe y trato justo.

Según este principio, la jurisprudencia norteamericana espera que las partes contratantes se traten entre sí de manera honesta y justa y que ninguna de las partes actúe en perjuicio de la otra parte para destruir o lesionar su derecho a recibir los beneficios del contrato. En general, se considera que se incurre en una actuación de mala fe cuando se "violan los estándares de decencia, imparcialidad o razonabilidad".

Para limitar la posible aplicación del pacto implícito, al redactar el contrato, los franquiciadores deben evitar el uso de un lenguaje que otorgue a las partes un amplio poder de discreción, para no resultar afectado por cláusulas restrictivas de dicha capacidad de actuación discrecional. Por norma general, un contrato de franquicia bien redactado abordará los riesgos significativos con suficiente atención y concreción en aras de evitar la incertidumbre y los riesgos derivados de la aplicación de principios generales e indeterminados como el principio de buena fe y trato justo. Por otro lado, , la buena fe y el trato justo, se aplican realizando un análisis basado en hechos, por lo que incluso en caso de contratos bien redactados pueden no poder anticipar cada contingencia, pues siempre hay imponderables que el contrato no habrá contemplado, es decir, reductos de incertidumbre contractual.

Además de estas concepciones generales, cincuenta artículos de los cuatrocientos que integran el *Uniform Commercial Code (UCC)*<sup>50</sup>, hacen referencia a la buena fe, con diferentes contenidos dependiendo del ámbito del que se trate. Actualmente, existe un amplio *corpus* jurisprudencial que ha aplicado e interpretado la doctrina de la buena fe en cada uno de los Estados de EEUU, de forma consistente con la concepción del UCC.

Los criterios para evaluar el cumplimiento de estos deberes pueden venir establecidos por las partes, siempre que lo hagan de forma razonable, considerando para ello como

---

<sup>50</sup> El *UCC* fue redactado por la *Uniform Law Commission (UCL)* con la pretensión de que posteriormente fuera aprobada de la forma más uniforme posible por los diferentes estados de la Unión, teniendo una gran trascendencia en la construcción de la normativa contractual de otros ordenamientos jurídicos y, muy en particular, en iniciativas internacionales como la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventas Internacionales, los Principios Generales *UNIDROIT* y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Lando).

actuarían otros comerciantes en una situación y condiciones similares. Cuando existe un pacto implícito de buena fe y de trato justo implica, generalmente, que uno no debe enriquecerse de forma excesivamente arbitraria o caprichosa para eliminar el beneficio de la otra parte del contrato.

Cuando el franquiciador quiere conservar sus facultades plenas de toma de decisiones a sabiendas de que ello puede comportar un perjuicio relevante para el franquiciado, lo recomendable es que se pacte expresamente en el contrato en virtud del principio de autonomía privada de las partes, evitando así la aplicación involuntaria del pacto implícito de buena fe y trato justo en perjuicio de sus intereses.

Los franquiciados suelen formular reclamaciones contra el franquiciador con base en la buena fe contractual, a menudo relacionadas con la extinción del contrato, con la negativa de franquiciadores a ceder la propiedad de la franquicia, o relativas a las condiciones impuestas para proceder a la renovación del contrato. Sin embargo, debido a la aplicación restrictiva que se están realizando los tribunales estadounidenses sobre los principios de buena fe y trato justo, las reclamaciones de los franquiciados fundadas en este principio han resultado, en gran medida, infructuosas. Para disuadir a los franquiciados de reclamaciones de esta naturaleza, los franquiciadores deben esmerarse al redactar los acuerdos de franquicia. Un reflejo de que esto se lleva a la práctica es el hecho de que, a diferencia de los acuerdos de franquicia regidos por las jurisdicciones de sistemas de *Civil law* los acuerdos sujetos a la normativa de EEUU. son, a menudo, exhaustivos y contienen disposiciones detalladas.

Requerir buena fe y trato justo no es lo mismo que exigir que un franquiciador sacrifique su propio interés económico en favor del franquiciado. La regla general es que las partes son libres para redactar cláusulas contractuales como lo deseen. En este sentido, son válidos los pactos negociados por las partes aunque sean desfavorables para los intereses del franquiciado siempre y cuando sean claros, no pudiendo en estos casos tratar de invocar el pacto implícito de buena fe y trato justo para desvirtuar dicho pacto, pues no se puede aplicar el principio en contravención de los términos expresos del acuerdo.

#### f- LA RESPONSABILIDAD DE LOS FRANQUICIADOS



Las leyes federales y estatales de EEUU otorgan al franquiciador agraviado, ya sea nacional o extranjero, el derecho a exigir una tutela jurídica para proteger su marca. Por ejemplo, la *Ley Lanham* (marca comercial) y la Ley de defensa de los secretos comerciales de 2016, brindan al franquiciador un derecho federal a solicitar ante un tribunal una orden judicial cautelar para proteger sus marcas comerciales, secretos comerciales y el manual confidencial de operaciones. Planteamiento de orden procesal de sumo interés, dado que el daño a una marca se puede producir de forma progresiva en el tiempo, pero también en un plazo muy corto de este.

Por lo general, las medidas cautelares se conceden cuando no existe un recurso legal adecuado y cuando en ausencia de orden judicial, una parte está sufriendo un “daño irreparable”.

No existe una normativa federal aplicable ni un tratado aplicable en EEUU con respecto al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, si bien los tribunales locales las suelen reconocer y hacer cumplir, de acuerdo con los principios de cortesía internacional, aunque las leyes de cada estado pueden variar.

### 1.3 EL DERECHO DE LA UE

La franquicia de distribución en el ámbito UE antes del *Caso Pronuptia* (Sentencia del Tribunal de Justicia de las CEE, nº161/84, de 18 de enero 1986<sup>51</sup>, en aplicación del art. 177 del Tratado de la CEE), carecía de regulación alguna, lo cual no impedía que en la práctica ya fuera un modelo de distribución comercial de éxito. En este sentido, GAMET-

---

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE, 28 de enero de 1986. En el asunto 161/84 (*Caso Pronuptia*):

“ (...) que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, en aplicación del artículo 177 del Tratado CEE, por el *Bundesgerichtshof*, destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre *Pronuptia de Paris GmbH, Frankfurt am Main*, y *Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, Hamburg*, una decisión prejudicial sobre la interpretación que debe darse al artículo 85 del Tratado CEE y al Reglamento nº 67/67 de la Comisión, de 22 de marzo de 1967, relativo a la aplicación del artículo 85, apartado 3, del Tratado CEE a determinadas categorías de acuerdos de exclusiva.”

POL<sup>52</sup> considera que “con anterioridad al *Caso Pronuptia* la franquicia carecía de regulación. La primera regulación no llegó hasta 1988, a pesar de que la Comisión de la CEE elaboró un estudio en 1976 sobre la franquicia, con base en la información facilitada por todos los Estados miembros, resaltando las ventajas e inconvenientes del sistema”.

### 1.3.1 EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En opinión de BORSETA PONT y MARTINEZ SANZ<sup>53</sup>, “la libertad de competencia no puede predicarse en una situación de idílica competencia perfecta o pura, sino precisamente en el marco de una competencia imperfecta o practicable, o sea, en una situación del mercado en el que existen limitaciones. Por ello, cuando se habla de tutela o de protección de la libertad de la competencia, se hace referencia a disposiciones dirigidas a eliminar, o al menos atenuar, obstáculos artificiales al libre juego de la competencia”.

La primera regulación a nivel de la UE relacionada con la franquicia fue el Reglamento 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, que entró en vigor el 1 de Enero de 1989, inspirado en gran parte por la sentencia del *Caso Pronuptia*, derogado el 31 de Diciembre de 1999 por el Reglamento 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas que, a su vez, fue derogado por el Reglamento 330/2010 de la Comisión, 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión

---

<sup>52</sup> GAMET-POL, F. J. (1997), «Franchise agreements Within the European Community... Op. Cit. , Pág. 17.

<sup>53</sup> BROSETA PONT, M. MARTÍNEZ SANZ F. (2020). *Manual e Derecho Mercantil*. Tecnos. Pág. 168.

Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, que está actualmente vigente y al que nos referimos en el apartado siguiente.

En relación con lo anterior, SOTO ALONSO<sup>54</sup> nos define los acuerdos verticales, característicos de los contratos de franquicia, como “aquellos celebrados entre dos o más empresas, situadas en diferentes fases o niveles de la cadena de producción o distribución que tienen por finalidad llevar a cabo la distribución de un producto o servicio”.

Los tres Reglamentos mencionados son leyes antimonopolio relativas a acuerdos verticales entre empresas que incluyen disposiciones restrictivas para la competencia. Bajo ciertas circunstancias, dichos Reglamentos plantean la posibilidad de exenciones para determinadas cláusulas contractuales, que de no existir quedarían afectadas por la prohibición de las normas comunitarias protectoras de la libre competencia en el espacio de la Unión Europea.

Solamente el primero de los tres mencionados, el Reglamento 4087/88, se refiere a los contratos de franquicias, ya que los restantes regulan de forma amplia todo tipo de contratos de distribución.

Así pues, en la legislación actual de la UE no se hace referencia a la fase precontractual de la franquicia ni al contenido del contrato, ni a sus términos convenidos ni a los derechos y responsabilidades de las partes, sino que se centra en la prohibición de aquellas cláusulas contractuales que imponen restricciones a la libre competencia. El art. 101.1 del TFUE (antiguo art. 81 CE) contiene una prohibición de acuerdos entre empresas que pueden afectar al comercio entre Estados miembros de la UE y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear la libre competencia, debiendo considerarse nulos de pleno derecho.

No obstante, en el apartado 3<sup>55</sup> de dicho precepto, se establecen unas excepciones a las prohibiciones descritas en el apartado 1 del art. 101 TFUE, considerándose restricciones

---

<sup>54</sup> SOTO ALONSO, R. (1993). *Distribución Comercial y Derecho de la Competencia. Distribución y Competencia, núm. 12*, Pág.33.

<sup>55</sup> Art 101.3 TFUE “No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: a) cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, b) cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, c) cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas; que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los

necesarias del art. 101.3 TFUE, aquellas que desde un punto de vista objetivo, si no estuvieran en el clausulado, no podría realizarse la operación principal y que en el supuesto de que se llegara a realizar, se efectuaría con claros riesgos de no poder conseguir los fines previstos.

El hecho de que el objeto del contrato no sea restrictivo de la competencia no implica que en el contrato de franquicia no puedan existir cláusulas que sean incompatibles con el art. 1 TFUE, lo cual sucede con mucha frecuencia en este tipo de contratos, si bien, en su mayoría contienen condiciones “acesorias, necesarias y proporcionadas”, a las que no les son de aplicación el art. 101.1 TFUE.

En relación con la aplicabilidad del Reglamento de Exención por Categorías (REC) 330/2010<sup>56</sup>, al contrato de franquicia, debemos considerar lo siguiente:

- a- “Sin perjuicio de las disposiciones establecidas por el REC 330/2010, el art. 101 TFUE no se aplicará a los acuerdos verticales (art. 2.1 REC 330/2010)”.
- b- La exención prevista en el art. 2.1 REC 330/2010 no se aplicará cuando alguno de los franquiciados de la red “supere la cifra de 50 millones de facturación al año, considerando también sus empresas vinculadas” (art. 2.2 REC 330/2010)”.
- c- La cesión al franquiciado de los DPI por parte del franquiciador “no ha de constituir el objeto principal del contrato y han de tener una relación con la venta

---

productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

<sup>56</sup> “El artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (UE) prohíbe los acuerdos que puedan afectar al comercio entre los países de la UE y todo aquello que impida, restrinja o falsee la competencia. Sin embargo, los acuerdos que creen suficientes beneficios como para superar los efectos contrarios a la competencia estarán exentos de esta prohibición conforme al artículo 101, apartado 3, del TFUE.

El reglamento otorga una exención por categorías del artículo 101, apartado 1, del TFUE a los acuerdos verticales \* que deberán cumplir determinados requisitos. Por ejemplo, estos acuerdos pueden ayudar al fabricante a introducirse en un nuevo mercado, evitar la situación por la que un distribuidor «se aprovecha gratuitamente» de los esfuerzos promocionales de otro distribuidor o permitir a un proveedor que deprecie la inversión destinada a un cliente particular”.

de los productos o servicios por parte del franquiciado o sus clientes (art. 2.3 REC 330/2010)”.

- d- “La exención prevista en los apartados anteriores no se aplicará cuando el franquiciador supere el 30 % de cuota de mercado de referencia en el que se venden los bienes y servicios contractuales y que la parte de mercado del franquiciado no supere el 30 % de cuota del mercado de referencia en el que compran los bienes y servicios contractuales (art. 3.1 REC 330/2010)”, lo que deja fuera de esta limitación a la mayor parte de las franquicias.
- e- No es de aplicación dicha exención cuando se disponga que el franquiciador “imponga precios de venta máximos o recomiende unos precios de venta, siempre que estos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos (art. 4 a) REC 330/2010)”.
- f- Excluye también “la restricción de suministros cruzados entre franquiciados (art. 4 d) REC 330/2010)”.
- g- Acepta dentro del ámbito de la exención los pactos de exclusividad territorial en los contratos de franquicia, pero con ciertas limitaciones (art. 4 b) REC 330/2010)”
- h- Se excluye del ámbito del REC “aquellas cláusulas de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años (art. a) REC 330/2010)”.
- i- Queda también excluida de la exención “cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años (art. 5 a) REC 330/2010)”. En el caso de referirse al periodo post contractual, la duración máxima de tal compromiso de confidencialidad tendrá el límite de un año de duración.

La regulación referida a la defensa de la competencia en el TFUE está estructurada con base a dos niveles. Uno es el integrado por las normas de la UE con base en los arts. 101 a 113 del TFE junto con diversos Reglamentos y el otro por el derecho nacional representado por la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, que fue desarrollada por el RD 261/2008, de 22 de febrero.

La forma de aplicación de esta doble regulación, en principio parece sencilla: El Derecho de la UE se aplicará cuando a través de “los intercambios comerciales entre los Estados miembros” resulte afectado el mercado comunitario. Y si el mercado afectado es

solamente el nacional será de aplicación la regulación de este Estado. Habiéndose interpretado por los tribunales el término “afectado” en un sentido amplio, por lo que no es difícil encontrarse con que una actuación ilícita realizada dentro de un Estado de la UE pueda considerarse que también afecta al mercado común.

El Reglamento 1/2003 acoge la regla de “la doble barrera”, según la cual se admite una aplicación simultánea de las normas de la UE y del derecho nacional, si bien la norma nacional aplicada por los órganos competentes no podrá prohibir acuerdos que afecten al comercio entre Estados miembros que no restrinjan la competencia conforme a lo dispuesto en el art.101.1 TFUE o que reúnan las condiciones de exención del art. 103.1 TFE (antiguo 83.1 TCE).

Así pues, cuando la red de franquicias tiene una implantación a nivel europeo le será de aplicación el art. 101 TFUE, que tiene prácticamente el mismo contenido que el art. 1 de la LDC.

Esta norma es utilizada en los supuestos en que el franquiciador, a la hora de redactar el contrato de franquicia, vulnera la libre competencia, impidiendo, restringiendo o falseando el efecto de la competencia dentro del marco de la UE, ya que, si su implantación territorial se limita a nivel nacional, se acude a lo establecido por la LDC.

Las Directrices relativas a las restricciones verticales 2010/C 130/01 de la Comisión Europea establecen los principios para evaluar los acuerdos verticales con arreglo al art. 101 TFUE, conteniendo un conjunto de normas relativas a la franquicia. MARTÍ MIRAVALLS<sup>57</sup> nos ofrece una valoración de las Directrices, manifestando que, “constituyen una guía útil para la interpretación del carácter accesorio, necesario y proporcionado de las cláusulas restrictivas de la competencia y que, dada la importancia de los DPI en los contratos de franquicia, las Directrices 2000 reconocen la licitud concurrencial de una serie de obligaciones que en otro marco podrían considerarse como anti concurrenciales, considerándose como cláusulas de no competencia las cláusulas de confidencialidad, las cláusulas las de rescisión, las derivadas de la violación de los DPI

---

<sup>57</sup> MARTÍ MIRAVALLS, J. (2007). Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXVIII*. Pág. 354.

por parte de terceros, las cláusulas de restricciones de uso y las cláusulas respecto a la transmisibilidad del contrato”.

Dichas Directrices, teniendo en cuenta la relevancia de los DPI, reconocen la licitud concurrencial de una serie de obligaciones contractuales que en otro ámbito contractual podrían considerarse como anti concurrenciales y lo hacen teniendo en cuenta que, al considerarlas accesorias al contrato de franquicia a la vez que necesarias y proporcionadas para su correcta ejecución, normalmente protegen o tutelan los DPI<sup>58</sup>.

La exigencia que las Directrices imponen al franquiciado, de un deber de no ejercer la misma actividad comercial, directa o indirectamente, y la de no participar financieramente en el capital de una empresa competidora que le ofrezca la posibilidad de influir en el comportamiento económico de esta, implican una obligación de no hacer que viene a limitar la libertad del franquiciado a acceder al mercado y a competir en él.

La licitud de la concurrencia de este tipo de cláusulas fue admitida en el art 3.1, c) y d) del Reglamento (CEE), núm. 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988,

---

<sup>58</sup> DIRECTRICES 2000, apartado 44:

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

relativo a la aplicación del apartado 3 de del art. 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia<sup>59</sup>.

La normativa vigente es el Reglamento (UE) 330/2010<sup>60</sup> de 30 de abril 2010, en aplicación del mencionado art. 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La posterior Directriz de la Comisión relativa a los acuerdos verticales 2010/C 130/01 explicitó qué cláusulas, en concreto en el ámbito de la franquicia, estaban exentas por tal Reglamento. El mencionado Reglamento entró en vigor el 1 de junio de 2010 y expirará el 31 de mayo de 2022.

Este Reglamento que es aplicable a los acuerdos entre empresas franquiciadoras domiciliadas en los diferentes Estados de la UE afecta a los acuerdos de carácter vertical como los del contrato de franquicia que, pudiendo contener cláusulas contrarias a la libre competencia, entrarían dentro de las prohibiciones contenidas en el art. 101.1 TFUE, por lo que algunas de dichas cláusulas deberían ser eliminadas si no fuera por las exenciones que contempla el mencionado Reglamento.

Así pues, al igual que sucede con el Reglamento que se derogó, no regula el contrato de franquicia, sino que se limita a conceder una exención a determinadas cláusulas del contrato que, si bien son contrarias a la libre competencia, según el Considerando 6) “pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes. En concreto, pueden dar lugar a una reducción de los costes de transacción y distribución de las partes y optimizar sus niveles de ventas y de inversión”.

---

<sup>59</sup> Reglamento (CEE), núm. 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988.

“Artículo 3 1. El artículo 1 se aplicará sin perjuicio de cualquiera de las obligaciones siguientes, impuestas al franquiciado, en la medida en que sean necesarias para la protección de los Derechos de Propiedad Industrial o intelectual del franquiciador o para mantener la identidad común y la reputación de la red franquiciada: c) no ejercer, ni directa ni indirectamente, un comercio similar en un territorio donde pudiera competir con un miembro de la red franquiciada, incluido el franquiciador; el franquiciado podrá ser mantenido bajo esta obligación después de la expiración del contrato, por un período razonable no superior a un año, en el territorio donde haya explotado la franquicia”.

<sup>60</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal -contenido / ES / TODOS /? uri = CELEX: 32010R0330>



Si se puede demostrar que los términos del acuerdo (en particular las cláusulas restrictivas de la competencia que contiene) proporcionan beneficios económicos a ambas partes que superan los efectos anticompetitivos que genera, entonces el acuerdo alcanzado podrá beneficiarse del sistema de exenciones que prevé el Reglamento (CEE) 330/2010.

La Directiva 2006/123/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006<sup>61</sup>, relativa a los servicios en el mercado interior, ha significado la racionalización, simplificación y omisión de barreras innecesarias en el acceso y prestación de los servicios en el mercado interior, incluidos los requisitos de inscripción en el Registro de Franquiciadores. Y ha sido el origen de la aprobación posterior del RD 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, incorporando como principales novedades la sustitución de la previa inscripción en el Registro por la obligación de comunicación *a posteriori* de la actividad que se realiza.

### **1.3.2 EL CÓDIGO DEONTOLÓGICO EUROPEO DE LA FRANQUICIA.**

La “*European Franchise Federation*”<sup>62</sup> se constituyó el 23 de septiembre de 1972 y entró en vigor el 1 de enero de 1991, estando integrada por Asociaciones o Federaciones

---

<sup>61</sup> Siendo los destinatarios de tal Directiva los Estados miembros de la UE, entro en vigor el día de su publicación el 27 de Diciembre del 2006. La Directiva se fundamenta, considerando el art. 14, apartado 2, del Tratado, según el cual el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de servicios, el art. 43 del Tratado garantiza la libertad de establecimiento y el art. 49 establece la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad.

<sup>62</sup> LA *EUROPEAN FRANCHISE FEDERATION*, fue fundada en 1972 en Francia como una asociación sin ánimo de lucro para promover, defender y representar los intereses de la industria de franquicias que opera en Europa. La EFF es reconocida por las instituciones europeas como la autoridad única en Europa que tiene como misión definir los elementos esenciales que constituyen una franquicia adecuada y ética. Sobre esta base, ha sido constituida como una comunidad de asociaciones nacionales de franquicias que comparten esta opinión. Es con esta misión que la comunidad de EFF se compromete a defender y promover el Código de Ética Europeo para la Franquicia. En 1972 sus miembros fundadores fueron la Federación Francesa de Franquicias

nacionales de franquicias. La EFF elaboró el “*European Code of Ethics for Franchising*” (Código Deontológico Europeo de la Franquicia o CDEF)<sup>63</sup>, un manual de buenas costumbres y buena conducta para los usuarios de la franquicia en Europa, que no puede ni pretende sustituir a los derechos nacionales o europeos, ya que son disposiciones que no tienen fuerza vinculante. Este Código está traducido y publicado por la Asociación Española de Franquiciadores.<sup>64</sup>

El CDEF fue redactado en 1972, revisado en 1992 y finalmente actualizado en 2016.

Si bien en el Código Deontológico se define un deber de información a cargo de las dos partes, el contenido del mismo resulta excesivamente abierto, ya que su concreción se limita a “las características de los bienes y servicios que puedan ser objeto del futuro contrato”. Por otra parte, conviene destacar que el principio general de buena fe preside todo el contenido del Código, estando constantemente presentes conceptos definitorios del orden público económico europeo tales como la transparencia, la equidad y la lealtad.

---

(FFF), la Asociación Italiana de Franquicias (Assofranchising / AIF), la Federación Belga de Franquicias (FBF-BFF) y la Asociación de Franquicias Holandesas (NFV).

<sup>63</sup> EL CÓDIGO DEONTOLÓGICO EUROPEO de la Franquicia, redactado por la *European Franchise Federation*, es un conjunto práctico de reglas, esenciales, que rigen las relaciones entre un franquiciador y cada uno de sus franquiciados; que operan conjuntamente en el marco de la red de franquicias. Los principios generales de ética puestos de manifiesto por este conjunto de disposiciones están sustentados en la buena fe, pues las relaciones entre franquiciador y franquiciado están basadas en la equidad, la transparencia y la lealtad, y contribuye a la creación de una relación de confianza entre las partes. Los principios del Código son aplicables en todas las etapas de la relación de franquicia, esto es, tanto en la fase precontractual como en la contractual y post contractual.

<sup>64</sup> ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FRANQUICIADORES. (2017). Código deontológico Europeo de la Franquicia. Aplicable en España y accesible en: <http://www.franquiciadores.com/wp-content/uploads/2017/08/Código-Deontológico-Europeo-de-la-Franquicia.-Edición-Oficial.pdf> (Consulta del 2 de Abril 2019)  
Infofranquicias.com. (2017). El código deontológico europeo de la franquicia. <https://www.infofranquicias.com/cd-7077/El-codigo-deontologico-europeo-de-la-> Versión original accesible en la web de la Comisión Europea. <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/content/eff-european-code-ethics-franchising>>

### 1.3.3 LA SENTENCIA DEL CASO PRONUPTIA

El denominado *Caso Campari* fue el primero en la Comunidad Económica Europea (CEE), en el que se analizó un conflicto relativo a un contrato de franquicias, si bien se trataba de una franquicia industrial. Cuando el Tribunal Europeo de Justicia resolvió el *Caso Pronuptia*<sup>65</sup> la Comisión todavía no se había pronunciado en ningún sentido sobre la franquicia. Así pues, la Sentencia del *Caso Pronuptia* sentó una embrionaria doctrina sobre los contratos de franquicia en la CEE, que en aquél entonces y todavía hoy sigue teniendo una gran relevancia en el tratamiento jurídico de la franquicia<sup>66</sup>, habiéndose recogido su doctrina en diversas Decisiones de la Comisión y sirviendo de fundamento al Reglamento 4087/1988, de 30 de noviembre, sobre cláusulas restrictivas exentas de la prohibición del art. 85.1 TCEE<sup>67</sup>, influyendo durante décadas en las resoluciones de los tribunales europeos y en las aportaciones de buena parte de la doctrina.

---

<sup>65</sup> « *Case 161/84 Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, 1986 E.C.R. 353, 1 C.M.L.R. 414 (1986), Common Mkt. Rep. (CCH) 1- 14245 (1986)* ».

<sup>66</sup> GAMET-POL, F. J., op. cit. Págs 21-42. El autor hace un análisis de la Sentencia *Pronuptia*, la más trascendente del ámbito de la franquicia, la cual vino a clarificar cuestiones de derecho de la competencia y de las similitudes y diferencias con el contrato de distribución.

<sup>67</sup> « *Case 161/84 Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, 1986 E.C.R. 353, 1 C.M.L.R. 414 (1986), Common Mkt. Rep. (CCH) 1- 14245 (1986)* ». Fundamento de Derecho 13:

“*Se desprende de los debates mantenidos ante el Tribunal de Justicia que es necesario distinguir diferentes contratos atípicos de franquicia y, especialmente, los contratos atípicos de franquicia de servicios, en virtud de los cuales el cesionario ofrece sus servicios utilizando el rótulo y el nombre comercial, e incluso la marca del cedente, de conformidad con las directrices de este último; los contratos atípicos de franquicia de producción, en virtud de los cuales el cesionario fabrica directamente, según las indicaciones del cedente, productos que vende con la marca de este último y, por último, los contratos atípicos de franquicia de distribución, en virtud de los cuales el cesionario se limita a vender determinados productos en una tienda que tiene el rótulo del cedente*”.

Fundamento de Derecho 15:

“*En un sistema de contratos atípicos de franquicia de distribución como el de antes, una empresa, instalada en un mercado como distribuidor y que haya podido elaborar así un conjunto de métodos comerciales, 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 un modo de distribución se trata de una manera de explotar económicamente, sin comprometer capitales propios, un conjunto de conocimientos. Por otra parte, este sistema permite a los comerciantes desprovistos de la experiencia necesaria,*

## 1- ANTECEDENTES:

El franquiciador *Pronuptia* de París vendía vestidos de novia a través de su franquiciado de Alemania. *Pronuptia* demandó a su franquiciado ante el Tribunal

---

*servirse de métodos que sólo hubieran podido adquirir tras largos y laboriosos esfuerzos de investigación y disfrutar del prestigio del signo distintivo”.*

*Los contratos atípicos de franquicia de distribución se diferencian en esto de los contratos de concesión de venta o de los que vinculan a revendedores autorizados en un sistema de distribución selectiva, que no van acompañados ni de la utilización de un mismo rótulo, ni de la aplicación de métodos comerciales uniformes, ni del pago de cánones como contrapartida de las ventajas concedidas. Semejante sistema, que permite al cedente obtener un beneficio de su éxito, no causa ningún perjuicio, en sí, a la competencia.”*

Fundamento de Derecho 16:

*“En primer lugar, el cedente debe poder aportar a los cesionarios su patrimonio de conocimientos y de técnicas (know-how) y prestarles la asistencia necesaria para que puedan aplicar sus métodos, procurando evitar que de estos conocimientos y asistencia se beneficien, aunque sea indirectamente, los competidores. En segundo lugar, el cedente debe poder adoptar las medidas idóneas para proteger la identidad y el prestigio de la red de distribución representada por el rótulo”.*

Fundamento de Derecho 19:

*“(…) obligación del cesionario de vender las mercancías objeto del contrato únicamente en un local organizado y decorado según las instrucciones del cedente; obligación dirigida a garantizar una presentación uniforme que responda a determinados requisitos. Los mismos requisitos se exigen respecto al lugar de emplazamiento de la tienda, opción que también puede influir en el prestigio de la red de distribución”.*

Fundamento de Derecho 21:

*“Gracias al control ejercido por el cedente sobre el surtido que ofrece el cesionario, el público podrá encontrar en cada cesionario mercancías de igual calidad. Por consiguiente, puede considerarse necesaria una cláusula que imponga al cesionario la obligación de vender únicamente mercancías suministradas por el cedente o por proveedores seleccionados por él, con el fin de proteger el prestigio de la red de distribución”.*

Fundamento de Derecho 22:

*“Por último, como la publicidad contribuye a determinar la imagen que el público tiene del signo distintivo que simboliza la red de distribución, será también indispensable para mantener la identidad de la red de distribución, una cláusula que subordine toda la publicidad del cesionario al consentimiento del cedente, siempre que esta cláusula se refiera únicamente a la naturaleza de la publicidad”.*

Federal de Justicia de Alemania Oeste por impago de los *royalties* acordados en el contrato de franquicia. El franquiciado, a su vez, demandó al franquiciador alegando que el contrato de franquicia violaba las normas sobre competencia de la CEE y que la exención prevista en el Reglamento 67/67 CEE de la Comisión, de 22 de marzo de 1967, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de exclusiva, no le resultaba aplicable. En fecha 2 de octubre de 1982 los tribunales alemanes sentenciaron que las obligaciones mutuas de exclusividad constituían restricciones a la libre competencia y que, en aplicación del mencionado Reglamento, no tenían obligación (los tribunales) de decidir si los contratos de franquicia estaban excluidos de su ámbito de aplicación.

El franquiciado apeló al Tribunal Supremo alemán, el cual a su vez se inhibió en favor de Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, en aplicación del art. 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), relativo a la competencia de dicho tribunal en materia de interpretación del propio contrato. Al Tribunal se le plantearon tres cuestiones: la primera relacionada con la aplicación del art. 85 del TCEE<sup>68</sup> a los contratos de franquicia, y las otras dos restantes en relación con la aplicación del Reglamento 67/67, para el caso de que la primera fuera contestada afirmativamente.

Al respecto, cabe reseñar que las cláusulas contractuales sometidas a revisión de los tribunales eran estándar. El franquiciador aceptó: 1) garantizar al franquiciado,

---

<sup>68</sup> Artículo 85 del tratado Constitutivo de la Comunidad Europea:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 84, la Comisión velará por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 81 y 82. A instancia de un Estado miembro o de oficio, y en colaboración con las autoridades competentes de los Estados miembros, que le prestarán su asistencia, la Comisión investigará los casos de supuesta infracción de los principios antes mencionados. Si comprobare la existencia de una infracción, propondrá las medidas adecuadas para poner término a ella”.

“2. En caso de que no se ponga fin a tales infracciones, la Comisión hará constar su existencia mediante una decisión motivada. Podrá publicar dicha decisión y autorizar a los Estados miembros para que adopten las medidas necesarias, en las condiciones y modalidades que ella determine, para remediar esta situación”.

dentro de un territorio determinado, el derecho en exclusiva a usar la marca *Pronuptia París* para el márketing de sus productos y servicios y a hacer publicidad, 2) No abrir ninguna otra tienda y no suministrar productos o servicios a terceras partes, 3) Ayudar al franquiciado con asistencia comercial, incluyendo la realización de publicidad, ayuda en la decoración de la tienda, formación del personal, aprovisionamiento, etc. para ayudarle a maximizar las ventas y conseguir unos buenos resultados.

Por su parte el franquiciado aceptó: 1) Vender los productos del franquiciador exclusivamente en la tienda especificada en el contrato, que debía ser decorada de acuerdo con las especificaciones del franquiciador. 3) Comprar al franquiciador el ochenta por ciento de los productos y el resto a los proveedores aprobados por el franquiciador. 3) Pagar el *fee* de entrada y los *royalties* acordados en el contrato de franquicia. 4) Tomar en consideración los precios de venta recomendados por el franquiciador 5) Utilizar los procesos de *Pronuptia* y solamente la publicidad aprobada por ella. 6) Concentrarse en la venta de moda nupcial 7) No competir con ninguna otra tienda de *Pronuptia* y especialmente no abrir negocios similares en las zonas donde *Pronuptia* estaba representada, hasta después de un año desde el momento de la extinción del contrato 8) No ceder los derechos y obligaciones del contrato de franquicia a terceros 9) No transferir el negocio sin la previa aprobación del franquiciador.

- 2- LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO: Nos aportan el cuerpo doctrinal más relevante sobre el contrato de franquicia, que era contemplado y analizado por primera vez por el alto Tribunal de la CEE.

La Sentencia, en su Fundamento de Derecho 13, entra a diferenciar distintos tipos de franquicias, admitiendo así la diversidad de tipologías en que este tipo de contratos están presentes en el mercado, considerando las franquicias de servicios, las de producción y las de distribución. En las franquicias de servicios, el franquiciador cede al franquiciado el uso del rótulo y el nombre comercial y/o marca, en las de producción el franquiciado fabrica siguiendo las indicaciones del franquiciador los productos que venderá con la marca de este y en las de

distribución el franquiciador se limita a vender productos en una tienda que tiene el rótulo del cedente.

En su Fundamento de Derecho 15 definió la naturaleza jurídica del contrato de franquicia, señalando en primer lugar que es un contrato atípico, mediante el cual el franquiciador que ha elaborado un “conjunto de métodos comerciales o conocimientos” de éxito, los cede en uso al franquiciado junto con su rótulo a cambio de una contraprestación económica, sin comprometer ninguna inversión. Así mismo, en el mismo Fundamento de Derecho 15, diferencia el contrato de franquicia con otros contratos afines, señalando que se diferencian de los contratos de concesión de venta o de distribución selectiva, en que estos últimos no utilizan el mismo rótulo, ni aplican métodos comerciales uniformes, ni pagan cánones por la utilización de las “ventajas concedidas”.

En los Fundamentos de Derecho 16 y 19 se establecen los requisitos del contrato de franquicia de distribución, con una clara intención para su consideración a efectos de la aplicabilidad del art. 85.1 TCEE: i) El franquiciador deber ceder al franquiciado su *know how* o conjunto de conocimientos y técnicas, prestarle asistencia técnica para que pueda aplicar su método, evitando que se puedan beneficiar los competidores ii) El franquiciador debe adoptar las medidas idóneas para proteger la identidad y prestigio de la red que opera bajo un mismo rótulo iii) El franquiciado deberá vender los productos en un local aprobado, organizado y decorado siguiendo las instrucciones del franquiciador en aras de garantizar una imagen uniforme de la red.

En los Fundamentos de Derecho 21 y 22 se establece la función de control del franquiciador sobre el franquiciado para garantizar a los consumidores una uniformidad en la calidad de la imagen corporativa, de la comunicación publicitaria y de la oferta de producto.

- 3- LA SENTENCIA: Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE sobre aplicabilidad de las normas del derecho de la competencia del TCEE.

A- En relación con la aplicación del art. 85 TCEE:

El Abogado General Verloren Van Themaat manifestó que el contrato de franquicia consistía en un acuerdo vertical, mientras que las normas sobre competencia solo tenían efectos sobre acuerdos horizontales. Así pues, llegó a la conclusión de que dicho contrato estaba bajo la prohibición del art. 85 TCEE, solamente si el franquiciador tenía una sustancial cuota de mercado en uno o más estados miembros y donde los contratos tuvieran el efecto o el objetivo de prevenir o restringir importaciones o exportaciones paralelas de productos de los contratos de los franquiciados.

El Tribunal no acogió la tesis del Abogado General. Más bien, su criterio sobre este punto se fundamentaba en tres afirmaciones: i. El contrato de franquicia no está afectado, en su mayor parte, por el art. 85 del TCEE, ii. las cláusulas que son esenciales para el funcionamiento del sistema están permitidas, iii. las cláusulas relacionadas con el reparto de mercado y la fijación de precios son contrarias al art. 85. del TCEE.

El Tribunal manifestó, en primer lugar, que la compatibilidad del art. 85 con los contratos de franquicia no puede ser analizada en abstracto, sino que depende del contenido de cada contrato. En relación con la franquicia de *Pronuptia*, el Tribunal manifestó que “es un sistema que permite al franquiciador beneficiarse de su propio éxito, no interfiriendo por sí mismo con la competencia”.

En segundo lugar, manifestó que hay dos condiciones que son esenciales para el funcionamiento de la franquicia. La primera consiste en la habilidad del franquiciador para transmitir su *know how* a los franquiciados y de suministrarles asistencia técnica, sin incurrir en el riesgo de que el *know how* o la asistencia técnica puedan beneficiar a los competidores, ni directa ni indirectamente, considerando el Tribunal que las cláusulas necesarias para conseguir este objetivo no eran restrictivas de la competencia. Y la segunda condición es la habilidad de los franquiciadores de “tomar las medidas necesarias para mantener la identidad y reputación de la red, que lleva su nombre y símbolos comerciales”, considerando también en este caso que las cláusulas que tuvieran este objetivo no eran restrictivas de la competencia.



Sin embargo, el Tribunal indicó que una cláusula en la que se exija al franquiciado vender solamente en un local concreto, combinado con una exclusividad territorial, crea un reparto de mercado, lo cual puede ser considerado como restrictivo de la competencia, atendiendo a los precedentes jurisprudenciales del *Caso Consten and Grunding*<sup>69</sup>. En opinión del Tribunal, las cláusulas referidas a reparto de mercado, incluso si las actividades del franquiciador se centran en un solo estado de la UE, estarían afectando a la libre competencia, dado que estas contienen una prohibición para los franquiciados de expandirse también hacia otros Estados. Siendo cuestionable que dichas cláusulas tomen como referencia el *Caso Consten and Grunding*, porque aquel pleito trataba de prohibiciones de exportación, situación diferente del *Caso Pronuptia*. De acuerdo con la Sentencia, las cláusulas que garantizan una protección territorial solo deben ser tomadas en consideración por el art. 85 TCEE cuando el nombre comercial o la marca son muy conocidos.

B- En relación con la aplicación del Reglamento 67/67:

El Abogado General consideró inaplicable el Reglamento 67/67 al presente caso, dado que cuando fue aprobado este instrumento legal había una presencia insignificante de franquicias en la CEE y, por tanto, no tomó en consideración esta tipología de contrato de distribución. A mi juicio, es un razonamiento muy cuestionable dado que las normas no pueden prever todos los supuestos de hecho posibles de aplicación en el momento de su aprobación, lo cual no quiere decir que no puedan ser aplicadas a situaciones futuras que inicialmente no fueron contempladas.

El Abogado General mencionó que las disposiciones de licencia en acuerdos de franquicia priman en comparación con obligaciones exclusivas de suministro y compra, mientras que en las situaciones contempladas por el Reglamento 67/67, los acuerdos de licencia son secundarios, predominando las obligaciones de exclusividad.

---

<sup>69</sup> Casos 56 & 58/64, Ets Consten and Gunding-Verkaufs GmbH v. Comisión CEE, 1966 E.C.R. 299, C.M.L.R. 418 (1966), Common Mkt. Rep. (CCH) n. 8046.

Finalmente, los contratos de franquicia de *Pronuptia* garantizaban una protección territorial absoluta al franquiciado, haciendo difícil a estos obtener aprovisionamiento de productos cubiertos por el contrato de franquicia de otros franquiciados de la CEE.

El Tribunal sentenció que el Reglamento no era de aplicación a dicha franquicia por los siguientes motivos: 1) La categoría de contratos cubiertos por el bloque de exenciones atiende a las obligaciones de suministro y compra, que pueden ser o no recíprocas y no atiende a factores como el uso de un nombre o símbolo comercial único, la aplicación de métodos comerciales uniformes y el pago en compensación por los beneficios obtenidos bajo los acuerdos de franquicia para la distribución de bienes. 2) Del contenido del art. 2 se aprecia que dicho precepto se refiere únicamente a los contratos de concesión de venta en exclusiva que tienen, como ya se ha observado, una naturaleza diferente de la de los contratos atípicos de franquicia. 3) Este art. 2 contiene una lista de restricciones y obligaciones que pueden ser impuestas al franquiciado que dispone de exclusividad territorial, pero no se hace mención a aquellas que pueden ser impuestas a terceras partes del contrato, mientras que en el contrato de franquicia para la venta de bienes las obligaciones asumidas por el franquiciador, en particular, la obligación de suministro al franquiciado de *know how* y de asistencia técnica, son de particular importancia. 4) La lista de obligaciones que pueden ser impuestas al franquiciado bajo el art. 2 no incluye las obligaciones de pago de *royalties* o las obligaciones relacionadas con el seguimiento y control de la franquicia para el mantenimiento de la identidad y reputación de la red. A mi juicio, y con todo el respeto al Tribunal, esta parte de la Sentencia se basa en una distinción artificial. De hecho, las cuatro justificaciones presentadas por el Tribunal pueden reducirse a solo dos. La primera es el hecho de que el art. 1 del Reglamento 67/67 se refiere a la oferta y / o compra en régimen de exclusividad y no a elementos como el uso del signo, métodos comerciales uniformes y pago de *royalties*, que caracterizan los acuerdos de franquicia. La segunda razón presentada por el Tribunal es que los acuerdos de franquicia y de distribución podrían ser de naturaleza diferente. Una distinción nítida entre los acuerdos de franquicia y distribución es "incompatible con la realidad empresarial". De hecho, los acuerdos de distribución, a veces, prevén obligaciones que, generalmente, se encuentran en los acuerdos de franquicia, como la obligación del distribuidor de aplicar los métodos comerciales del proveedor. Además, es posible

encontrar una cláusula en un acuerdo de distribución que requiera el pago de *royalties*. También es posible encontrar acuerdos de franquicia que no prevén el pago de *fees*.

Finalmente, la distinción que hace el Tribunal se basa en la presencia en los acuerdos de franquicia de disposiciones tales como la cesión del uso de una marca o nombre comercial o la observancia de métodos comerciales uniformes, obligaciones que no están comprendidas o que no entran dentro de la prohibición del art. 85 TCEE, según el propio Tribunal. Así, si no se infringe el art. 85 TCEE, no se entiende por qué no se debería aplicar el Reglamento. Lo mismo ocurre con las obligaciones que el Tribunal considera necesarias para controlar la identidad y la reputación de la red de establecimientos, que no deberían estar exentas de la aplicación del Reglamento, ya que supuestamente no restringen la competencia.

#### C- CONSECUENCIAS:

Generalmente hablando, cuando un tipo de acuerdos se encuentran bajo la prohibición del art. 85 TCEE se hace necesario para las empresas interesadas recurrir a este tipo de acuerdos para escapar de la prohibición, proporcionando el Reglamento 17/62 la opción de solicitar un informe negativo o solicitar una exención individual de su aplicación. Sin embargo, este sistema planteaba gran dificultad para la Comisión que estuvo recibiendo miles de solicitudes y notificaciones las cuales no se podían manejar dentro de un periodo de tiempo razonable. Para solucionar el problema, el Consejo aprobó el ya analizado Reglamento 19/65, ofreciendo a la Comisión la posibilidad de aprobar grupos de exención en relación con determinados tipos de acuerdos, es decir, regulando la exención de ciertas categorías de acuerdos sin notificación previa, siempre que se cumplan ciertas condiciones, que vienen determinadas en el contenido del propio Reglamento.

### **1.4 RECAPITULACIÓN**

Hemos de concluir que el peso que actualmente la franquicia tiene en la economía nacional e internacional y la expansión creciente de este tipo de distribución comercial en

todos los países del mundo no se ha visto acompañado de una regulación suficiente de estos contratos, surgiendo la imperiosa necesidad de analizar este importante déficit normativo en el que actualmente nos encontramos y sus consecuencias. Una mayor y mejor regulación reduciría el elevado nivel de conflictividad actual, daría mayor seguridad jurídica y favorecería en parte el crecimiento de este importante sector económico, especialmente en la UE, espacio donde las enseñas internacionales tienen más peso que las europeas y la expansión internacional de estas últimas es muy limitado. En este sentido, JARQUINA<sup>70</sup> nos pone de manifiesto que “no se trata de construir un único instrumento legal para regular la franquicia, dado que las necesidades regulatorias son diferentes, entre países del *common law*, del *civil law*, desarrollados y en vías de desarrollo, etc., sino el considerar una regulación lo más flexible posible”.

En la UE, tal como hemos avanzado, solamente Italia dispone de una regulación exhaustiva sobre el contrato de franquicia, que contempla tanto la fase precontractual como la contractual. En el resto de países, solo algunos de ellos tienen algún tipo de regulación que, normalmente, se concreta en reglamentar el derecho de información en la fase precontractual, debiendo los tribunales necesariamente recurrir, para la resolución de conflictos en ámbito contractual de la franquicia, además de a su Código Civil, a las normas especiales sobre la franquicia, a los principios y normas generales del Código Civil, al *soft law*<sup>71</sup> de la contratación de la UE e internacional (los Principios del Derecho Europeo de los Contratos. (PECL), al Proyecto de Pavía, a los principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, a La Ley Modelo UNIDROIT, al Marco Común de Referencia, al Código Deontológico Europeo de la Franquicia, los Códigos Éticos de algunas Asociaciones Nacionales de la Franquicia, a la doctrina jurisprudencial,

---

<sup>70</sup> JARKINA, V. (2010). *Franchising in Theory and Practice: a franchise agreement in the framework of Civil Law*. Lambert Academic Publishing. Pag. 32

<sup>71</sup> “El *soft law* o Derecho blando, en traducción literal, consiste en todas aquellas reglas y principios generales no coercitivos, que regulan los contratos transnacionales, y cuya obligatoriedad se deriva de la autonomía de la voluntad, cuando las partes deciden incorporarlos a sus estipulaciones; o, al servir de guía para la toma de decisiones de árbitros y jueces, al fallar principalmente conflictos donde las partes no han escogido la Ley aplicable que regulen sus convenios”.

a la normativa de contratos afines y a la normativa europea relativa a derecho de la competencia, entre otras normas.

## 2. EL CONCEPTO DE FRANQUICIA

### 2.1 DERECHO NACIONAL

El art. 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, realizó una primera definición de lo que se entendía por franquicia, al manifestar que *“La actividad comercial en régimen de franquicia es la 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”*

Posteriormente, el RD 2485/1998 que desarrolló el anterior precepto, volvió a definir lo que entendía por la actividad comercial en régimen de franquicia. Definición que fue copiada literalmente por el RD 201/2010, que derogó el anterior.

El art. 2 del RD 201/2010 de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia, define la actividad de franquicia como *“aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, 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”*. Concepto utilizado de forma generalizada por la doctrina de nuestro Tribunal Supremo<sup>72</sup> en el ámbito de la franquicia. Al respecto, es de interés la

---

<sup>72</sup> STS 697/2010, de 5 de noviembre (Id. Cendoj: 28079110012010100683); Recurso: 428/2006; Ponente: Juan Antonio Xiol Rios; Fundamento de Derecho Segundo:

*“De la parcial regulación legal existente pueden asimismo extraerse las obligaciones principales atribuibles a cada una de las partes. Así, el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista define la relación de franquicia como aquella actividad*

precisión de GADEA, GAMINDE Y REGO<sup>73</sup> al referirse al concepto de “modelo de empresa”, equivalente a “modelo de negocio”, que va más allá de lo que se considera por franquicia en el RD 201/2010, que habla de “un negocio o actividad mercantil”. Así mismo, el mencionado precepto establece cuáles son los elementos mínimos que debe presentar un contrato para que se considere de franquicia:

- a- “El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato”.
- b- “La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular, y”
- c- “La prestación continúa por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente”.

Para que exista franquicia, por tanto, ha de existir un contrato que regule la relación entre las dos partes: franquiciador y franquiciado. El franquiciador es el titular de un modelo de negocio, concretado en un *know how* y en unas marcas o signos distintivos propios registradas/os que cederá al franquiciado para su uso en exclusiva en un determinado territorio. Así mismo, proporcionará al franquiciado una asistencia técnica y una formación a los empleados del franquiciado a lo largo de la vida del contrato, y por todo ello cobrará cánones y *royalties*.

Con respecto a la definición y a los elementos esenciales del contrato que nos ofrece el RD 201/2010, deberíamos hacer algunas matizaciones:

- a- Utiliza la expresión “contrato” cuando el art. 62 LOCM incluía, además, el término “acuerdo”, aunque nada tenemos que objetar al respecto dado que son sinónimos.

---

*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”.*

<sup>73</sup> GADEA E., GAMINDE E., REGO A. (2016). *Derecho de la contratación Mercantil*. Madrid: Dykinson. “ Pag. 230..

- b- El hecho de prever un *numerus clausus* de elementos mínimos para que pueda existir el contrato de franquicia genera un efecto jurídico indeseable consistente en situar en la atipicidad contractual a aquellas relaciones jurídicas en las que falte uno solo de dichos elementos contractuales, si bien estas franquicias irregulares solo quedarían afectadas por la desprotección consistente en no poder hacer valer el deber de información precontractual.
- c- Dada la complejidad y conflictividad que genera en la práctica comercial este tipo de contratos, hemos de poner de manifiesto que debería exigirse un requisito de forma consistente en la forma escrita. Se utiliza el término un “mercado determinado”, voz que sería más adecuada si se complementase con la de “exclusividad territorial”, ya que esta es parte esencial del contrato.
- d- Así mismo, se habla de facultades de “supervisión por parte del franquiciador, término que en derecho comparado se sustituye por un derecho de “control”, más preciso con la función de este en el marco de la franquicia.
- e- Sería interesante también, la mención de que estamos ante dos partes jurídica y financieramente independientes.
- f- Debería concretarse que estamos ante un contrato oneroso en el que la contraprestación es de carácter dinerario consistente en un único importe fijo (canon) que se abona en el momento de la apertura y otro de carácter periódico, fijo o de carácter porcentual en función de las ventas (*royalties*).
- g- En la definición, además, se habla de la cesión de un negocio o actividad mercantil, cuando es más adecuado el término “modelo de negocio”, que es un concepto más amplio y que responde más a la realidad de lo que se transmite. Siendo además un término utilizado por otros ordenamientos jurídicos y referentes normativos como los de las Asociaciones de Franquiciadores/dos nacionales, y de derecho comparado como el de EEUU, Gran Bretaña o Alemania.
- h- Es de destacar en dicha definición la falta de mención a la marca, lo cual es sumamente relevante, dado que en torno a este activo intangible gira el sistema de comercialización de la franquicia, mientras que son considerados otros, como la presentación uniforme de los locales o el de los medios de transporte y los derechos de propiedad industrial diferentes de la marca pero que que tienen una menor relevancia que esta.

- i- Ninguna mención se hace a la obligación de no competencia exigible al franquiciado, ni a la confidencialidad de la información recibida por el franquiciado, ni a los manuales operativos.
- j- En cuanto a la singularidad que se exige del *know how* transmitido por el franquiciador, surge el problema de poder determinar hasta qué punto estos conocimientos técnicos y comerciales son tan diferentes de los que utilizan otras empresas.

En definitiva, la redacción de la definición de la actividad de franquicia y los requisitos mínimos que se prevén para que jurídicamente se considere que se está ante esta tipología específica de distribución comercial, tal como la encontramos en el literal del art. 2 RD 201/2010, adolece de algunas carencias e incluso de imprecisiones, además de importantes omisiones en lo relativo a sus elementos constitutivos.

A nivel jurisprudencial, debemos destacar también la STS nº754/2005, de 21 de octubre, la cual, pone de manifiesto distintas aproximaciones al concepto de franquicia o de la actividad comercial en régimen de franquicia, aportadas a partir de varias normas nacionales y de la UE y de la doctrina jurisprudencial sobre la materia.

Respecto de la doctrina que nos aportan algunos autores nacionales, cabe destacar la definición de franquicia dada por ALFARO AGUILA-REAL<sup>74</sup>, quien nos ofrece una definición de franquicia como, “*el contrato por el que un empresario (franquiciador) cede a otro (franquiciado) la utilización de todos los elementos inmateriales de una empresa que han producido el éxito de la misma (goodwill). Estos elementos son: marca, Know How, condiciones de venta, publicidad, márketing, etc. A cambio el franquiciatario abona un canon de entrada cuya cuantía depende de la reputación de la enseña del franquiciador y un pago periódico calculado normalmente como un porcentaje de los ingresos del establecimiento franquiciado.*” Como podemos observar, dicha definición tiene como elemento vertebrador el concepto de *know how*, consistente

---

<sup>74</sup> AQUILA REAL, A. (10 Octubre 2013). La franquicia como licencia de empresa (III). *Blog Derecho Mercantil* (<http://derechomercantilesmana.blogspot.com>, EN GADEA E., GAMINDE E., REGO A. (2016). *Derecho de la contratación Mercantil*. Madrid: Dykinson. Pág. 232. El autor cita en su obra la definición de franquicia dada por Alfaro Águila-Real, J.



en el conjunto de elementos inmateriales o “saber hacer” que constituyen el modelo de negocio, sin el cual no hay franquicia. En este sentido se ha pronunciado la referida Sentencia del *Caso Pronuptia*.

RUIZ PERIS<sup>75</sup> por su parte, se refiere a este contrato afirmando que “*Por medio del contrato de franquicia el franquiciado fabrica los mismos productos que el franquiciador, a los que impone la marca de la que aquel es titular, organizando su empresa en todos los aspectos, incluyendo el de la comercialización de los productos, según el modelo transmitido y organizando su empresa en todos sus aspectos siguiendo el modelo del franquiciador*”.

## 2.2 DERECHO COMPARADO

En el ámbito del derecho comparado de la UE, como venimos reiterando, solamente Italia ofrece una definición legal del contrato de franquicia. En los demás países debemos recurrir a las diferentes Asociaciones o Federaciones nacionales, quienes nos ofrecen cada una de ellas su propia versión de lo que entienden por franquicia. Si bien, en todos los casos las diferentes definiciones hacen referencia a que se trata de franquicias comerciales, excluyendo por tanto las industriales.

Dado que la legislación francesa no recoge en su regulación una definición del contrato de franquicia, debemos considerar al respecto, la que aporta la *Fédération Française de la Franchise* (FFF)<sup>76</sup>, que fue redactada a partir de la recogida en el Código Europeo de la Franquicia, siendo esta última la tomada en consideración por los tribunales franceses. Dicha definición está contenida en los Principios de la FFF, los cuales, exponen con gran precisión, el funcionamiento y las características de la franquicia. En este sentido,

---

<sup>75</sup>RUIZ PERIS, J. I. (2000). *Los tratos preliminares en el contrato...*” *Op. cit.*. Págs. 122-123.

<sup>76</sup> LA *FÉDÉRATION FRANÇAISE DE LA FRANCHISE* fue creada en 1971 y cuenta con franquiciadores asociados y seleccionadas según criterios éticos, que representan el 45% de los franquiciadores franceses. La FFF es una interfaz esencial entre las autoridades públicas, los creadores de la red, los empresarios y los inversores, a la vez que informa y capacita a los futuros creadores de negocios sobre el modelo de franquicia y apoya a las redes (de franquiciadores y franquiciados) en su desarrollo de franquicias en Francia e internacionalmente.

debemos pensar que, el Código Deontológico Europeo de la Franquicia se redactó con base en el Código de Ética francés de 1972. Así pues, para la FFF: “*La franquicia es un modo de colaboración entre dos empresas independientes legal y financieramente, que son el franquiciador y el franquiciado. Es un método que permite a un independiente emprender más rápido al optimizar sus posibilidades de éxito y a un franquiciador establecer su desarrollo comercial en una red de empresarios involucrados en su mercado local*”.

Según la FFF, la franquicia se distingue por tres principios fundamentales: la marca y los signos distintivos, el *know how* y la asistencia técnica y comercial<sup>77</sup>.

Esta definición de la FFF, según nuestro criterio, muy precisa, resalta perfectamente los elementos esenciales de la franquicia, si bien, a diferencia de otros países como Gran Bretaña, Alemania o EEUU, encontramos a faltar la mención a la transferencia de un modelo de negocio, lo cual es mucho más que una simple cesión de uso de una marca u otros DPI, y que la simple prestación de asistencia técnica, de una formación, etc.

---

<sup>77</sup> Los Principios de la *Fédération Française de la Franchise* son:

Primero- “La marca y los signos distintivos: a) El franquiciador garantiza al franquiciado el disfrute de la marca, la denominación social, el concepto arquitectónico y el sistema de identidad visual. El franquiciador mantiene y desarrolla la imagen de marca b) El franquiciador se asegurará de que el franquiciado cumpla con las normas que rigen el uso de la marca y de los signos distintivos, puestos a su disposición por contrato c) Al final del contrato, el franquiciador se asegurará de que el ex franquiciado no use los signos para captar a sus clientes. En caso de exclusividad del uso de la marca en un territorio determinado el franquiciador especificará los términos: objeto, alcance.”

Segundo- “El *know how*”: a) El *know-how* es un conjunto de métodos comerciales, técnicos, logísticos, informáticos, de gestión, etc. probados por el franquiciador. Este conocimiento es secreto (difícil de acceder por alguien fuera de la red), sustancial (proporciona una ventaja competitiva para el franquiciado y el consumidor) e identificado (documentado en uno o varios manuales operativos. b) El franquiciador, a través de los manuales operativos y de la formación transfiere el *know how* al franquiciado y controla su aplicación c) El franquiciado acuerda contractualmente no divulgar el *know how*, particularmente a las redes competidoras, lo que podría ser perjudicial para la red de franquicias.”

Tercero- “La asistencia técnica y comercial: a) El franquiciador proporciona al franquiciado asistencia técnica y comercial para la nueva franquicia, en la apertura del punto de venta y durante el período del contrato b) Este apoyo asegura al franquiciado una transferencia continuada de los conocimientos y sus evoluciones. También le permite al franquiciador verificar y controlar la aplicación del concepto”.

En Gran Bretaña se encuentra la *British Franchise Association* (BFA)<sup>78</sup> que, a falta de una legislación específica para el contrato de franquicia constituye un referente normativo para los tribunales ingleses. La BFA, define la franquicia comercial como “*el otorgamiento de una licencia por una persona (el franquiciador) a otra (el franquiciado), que le cede el uso de su propio modelo de negocio bajo la marca, los procesos y el modelo comercial probados del franquiciador*”. Para, a continuación, describir el funcionamiento y los elementos esenciales de la franquicia<sup>79</sup>.

Consideramos relevante que, en la definición utilizada por la BFA, se utilice el concepto de “modelo de negocio”. Es un concepto amplio de técnicas, no solo comerciales o de producción, sino que engloba la totalidad de lo que comprende un negocio, a través del cual y sin añadirle nada más podría funcionar una nueva empresa. En este sentido, la clave de la franquicia está en que el modelo de negocio sea de éxito y probado, particularidades que no nos menciona la BFA. Destaca también la temporalidad de este tipo de acuerdos, aunque no se menciona que son de larga duración. Por otro lado, nada se dice del contrato, ni de la independencia jurídica y financiera de las partes, ni de la necesidad de control por

---

<sup>78</sup> LA *BRITISH FRANCHISE ASSOCIATION* se fundó en 1977 por los representantes de las principales empresas de franquicias del Reino Unido que decidieron establecer su propia Asociación. Como resultado, el BFA se formó para actuar en interés de la industria franquiciadora para evaluar y acreditar a las compañías de franquicias con criterios estrictos en relación con la estructura del negocio de la franquicia, los términos del contrato entre el franquiciador y el franquiciado, las pruebas del sistema comercial. y, por lo tanto, su éxito como franquicia. Además, la BFA, dispone de su propio Código de Prácticas Éticas para la franquicia reconocido en el Reino Unido, basado en el Código Europeo de Franquicias Éticas.

<sup>79</sup> LA *BRITISH FRANCHISE ASSOCIATION* describe también el funcionamiento y elementos esenciales de la franquicia:

“El franquiciado también recibe formación inicial y asistencia técnica continuada, que comprende todos los elementos necesarios para una persona no conocedora del negocio”.

“Cada negocio de franquicia es propiedad y está operado por el franquiciado. Sin embargo, el franquiciador retiene el control sobre la forma en que los productos y/o servicios se comercializan y venden, y controla la calidad y los estándares de la forma en que opera el negocio”.

“El franquiciador recibe un *royalty* inicial del franquiciado, pagadero al principio, junto con los *royalties* a pagar de forma continuada. Por lo general, estas tarifas se basan en un porcentaje de la facturación anual o en los márgenes de los suministros. A cambio, el franquiciador tiene la obligación de dar soporte técnico la red de franquicias. En particular, esto incluye la formación, el desarrollo de productos, el marketing y la publicidad, las actividades promocionales y los de servicios de gestión a solicitados por el franquiciado”

parte del franquiciador, ni de una obligación de confidencialidad por parte del franquiciado por la información recibida.

En Alemania se encuentra la *Deutscher Franchise Verband* (DFV)<sup>80</sup>, la cual, a falta de una normativa específica sobre el contrato de franquicia, es un referente normativo para la jurisprudencia alemana, y nos ofrece la siguiente definición de franquicia: “*La franquicia es un sistema de distribución basado en una asociación que permite a los nuevos empresarios utilizar un concepto comercial establecido mediante el pago de una contraprestación. El franquiciador otorga a sus socios de cooperación el derecho de usar su concepto comercial probado y de éxito, desarrollado sobre la base de un contrato de franquicia y determina el período en el que se opera el sistema de franquicias. El franquiciado puede usar el nombre, el diseño y la idea comercial para vender bienes o distribuir servicios durante ese tiempo. A cambio, el franquiciado tiene que pagar honorarios, los llamados royalties para comprar el derecho de uso de las licencias y los DPI. En muchos casos, el franquiciado también paga parte de las ganancias generadas al creador de la idea de negocio*”.

De la atenta lectura de la definición de la DFV, se desprende que en la misma no se realiza ninguna referencia a la independencia jurídica y financiera de las partes, ni de la necesidad de control por parte del franquiciador; así mismo, tampoco se hace mención del deber de confidencialidad respecto de la información transmitida, ni sobre la función de control de la actividad del franquiciado por parte del franquiciador. Si bien, cabe destacar la referencia que se hace al elemento temporal de este tipo de acuerdos, al concepto de modelo de negocio probado y de éxito y al hecho de que se trata de un sistema de distribución cooperativo.

Como ya hemos señalado, le corresponde el mérito al ordenamiento italiano disponer de la única normativa regulatoria del contrato de franquicia en la UE. Concretamente, en el art. 1 de la “*Legge 129/2004 de 6 mayo 2004, Norme per la Disciplina dell’Affiliazione Commerciale*”, encontramos la definición de lo que el legislador italiano entiende como

---

<sup>80</sup> LA *DEUTSCHER FRANCHISE VERBAND* es la Asociación Alemana de Franquicias es el organismo representativo de la industria de franquicias alemana. Fue fundado en 1978. Su sede se encuentra en Berlín-Mitte. La Asociación representa a franquiciadores y franquiciados por igual.

contrato de franquicia: “*Es el contrato entre dos entidades legales, económica y legalmente independientes, sobre la base de las cuales una parte otorga la disponibilidad en favor de la otra, de un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual. en relación con marcas comerciales, nombres comerciales, signos, modelos de utilidad, dibujos, derechos de autor, know-how, patentes, Asistencia Técnica o comercial o consultoría, insertando al afiliado (franquiciado) en una red que consiste en una pluralidad de afiliados distribuidos en todo el territorio, con el propósito de comercializar ciertos bienes o servicios.*”

Sin embargo, debemos poner de manifiesto que la Legge, adolece de importantes carencias, como se verá en capítulos posteriores, cuando paradójicamente, Italia no es un país capital en el desarrollo de la franquicia como modelo de distribución en la UE.

Nótese que en el propio art. 1 de la *Legge 129/2004* se hace una descripción de las características y elementos esenciales del contrato, a saber: “a) El reconocimiento de un patrimonio de marcas y oros DPI, conocimientos prácticos (*know how*) no patentados, derivados de las experiencias y pruebas realizadas por el franquiciador, secretos, sustanciales e identificados; el *know-how*, no es generalmente conocido o fácilmente accesible, e incluye el conocimiento indispensable para el uso del franquiciado, la venta, reventa, gestión y organización de los bienes o servicios; los conocimientos técnicos deben describirse de manera suficientemente exhaustiva b) b) La prestación de una Asistencia Técnica por parte del franquiciador c) El derecho de entrada consiste en una cantidad fija, relacionada con el valor económico y la capacidad de desarrollo de la red, que el afiliado pagará en el momento de formalizar el contrato; d) Los *royalties* consisten en una cantidad fija o un porcentaje sobre las ventas que el franquiciador requiere del franquiciado por la cesión de los derechos descritos. e) Los bienes producidos por el franquiciador o de acuerdo con sus instrucciones y marcados con el nombre del franquiciador”.

En la definición que nos brinda la *Legge 129/2004* nos habla del contrato y de que las partes son dos empresas legal y financieramente independientes, planteando la posibilidad de la venta por parte del franquiciado de productos fabricados por el franquiciador con su marca, encontrándose a faltar, el concepto de “modelo de negocio” al que se hace referencia – como hemos visto con anterioridad – en otros países como

EEUU, GB y Alemania; si bien, menciona también, una “fórmula comercial probada”, así como la función de control por parte del franquiciador.

En 1970 el Estado de California (EEUU), aprobó la “*Franchise Investment Law (1970)*”<sup>81</sup> que nos brindó la primera definición legal de franquicia. Actualmente, es la *Federal Trade Commission* (FTC)<sup>82</sup>, quien a través de la Regla de Franquicia (*FTC Rule*) define una “franquicia” en la Sección 436.1 (h) de la siguiente manera: “Una “franquicia” significa cualquier relación o acuerdo comercial de duración, cualquiera que sea su denominación, en la cual los términos de la oferta o contrato especifiquen que, el vendedor de la franquicia promete o se compromete, oralmente o por escrito, a que: “1- El franquiciado obtendrá el derecho de operar un negocio que está identificado o asociado con la marca registrada del franquiciador, u ofrecer, vender o distribuir bienes, servicios o productos que estén identificados o asociados con la marca registrada del franquiciador 2-El franquiciador ejercerá o tendrá autoridad para ejercer un grado significativo de control sobre el método de operación del franquiciado, o brindar asistencia significativa en las operaciones del franquiciado y 3-Como condición para obtener o comenzar la operación de la franquicia, el franquiciado realiza un pago obligatorio o se compromete a realizar un pago requerido al franquiciador o su filial”.

---

<sup>81</sup> “*FRANCHISE INVESTMENT LAW (1970)*”. Section 31005. (a) “Franquicia” significa un contrato o acuerdo, ya sea expreso o implícito, ya sea oral o escrito, entre dos o más personas por el cual: (1) Al franquiciado se le otorga el derecho de participar en el negocio de ofrecer, vender o distribuir bienes o servicios bajo un plan o sistema de comercialización prescrito en parte sustancial por un franquiciador; y (2) La operativa del negocio del franquiciado de conformidad con dicho plan o sistema está sustancialmente asociada con la marca comercial, la marca de servicio, el nombre comercial, el logotipo, la publicidad u otro símbolo comercial del franquiciador que designa al franquiciador o su filial; y (3) El franquiciado debe pagar, directa o indirectamente, una tarifa de franquicia.

<sup>82</sup> LA *FEDERAL TRADE COMMISSION* es la entidad responsable de regular y supervisar la franquicia en USA. El 21 de diciembre de 1978 aprobó la *FTC Rule*, debido al gran crecimiento de esta forma de distribución comercial en EEUU y al fraude asociado a tal crecimiento por parte de franquiciadores sin escrúpulos. La última versión de esta normativa es la de 15 de octubre del 2019.

Al margen de la normativa federal referida, no existe una definición legal uniforme de “franquicia” a nivel estatal, lo cual implica la necesidad de un análisis específico según del Estado de que se trate.

A destacar que la *FTC Rule* hace referencia a ceder el “operar un negocio”, con la misma idea de “modelo de negocio”, que hemos visto en otras definiciones de derecho comparado, como en Gran Bretaña o Alemania. En este sentido, también debe subrayarse la mención al rol de control que el franquiciador tiene que ejercer sobre el franquiciado y la ausencia de referencia alguna a la confidencialidad de la información transmitida, o del concepto por el cual el franquiciado realiza el pago o contraprestación, de la independencia legal y financiera de las partes, y de la exclusividad territorial.

### 2.3 EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La Federación Europea de la Franquicia (FEF)<sup>83</sup> promueve y defiende la definición de franquicia (comercial) destacando sus elementos esenciales. En particular, destaca el *know how* como piedra angular de cualquier sistema de franquicias y desarrollado para tal fin, donde se encuentra el verdadero valor de la propuesta de negocio, que la hace duplicable y transferible a empresarios y operadores independientes. La FEF, a través de su Código Ético, define la franquicia en los siguientes términos: “*La franquicia es un sistema de comercialización de bienes y/ o servicios y/ o tecnología, que se basa en una colaboración estrecha y continua entre empresas separadas e independientes legal y financieramente, por el cual el franquiciador otorga a su franquiciado individual el derecho e impone la obligación de realizar un negocio de acuerdo con el concepto del franquiciador. Este derecho autoriza y a la vez obliga al franquiciado individual, a cambio de una contraprestación económica directa o indirecta, a usar el nombre*

---

<sup>83</sup> LA FEDERACIÓN EUROPEA DE LA FRANQUICIA fue fundada en 1972, en Francia, como una asociación sin ánimo de lucro para promover, defender y representar a la industria de franquicias que opera en Europa. Es reconocida por las instituciones europeas como la única autoridad en Europa que tiene como misión definir los elementos esenciales que constituyen una franquicia adecuada y ética. Sobre esta base, ha constituido una comunidad de asociaciones nacionales de franquicias que comparten esta concepción. Es con esta misión que la comunidad de EFF se compromete a defender y promover el Código de Ética Europeo para Franquicias.

*comercial del franquiciador y / o la marca comercial y / o la marca de servicio, el know how, los métodos comerciales y técnicos, sistema de procesos y otros derechos de propiedad industrial y / o intelectual, respaldados por el suministro continuado de asistencia comercial y técnica, en el marco y por el término de un acuerdo de franquicia escrito, y celebrado entre las partes para este propósito”.*

Esta definición de franquicia contiene un espíritu de *animus cooperandi*, tal como lo consideran también las definiciones dadas por Francia o Alemania, a diferencia del concepto que se da en EEUU, donde se sitúa en las obligaciones del franquiciador, habiendo inspirado las definiciones de otros países de la UE. A resaltar, la mención que se hace al derecho a utilizar “un negocio” y que el contrato debe ser por escrito.

Dando respuesta a una pregunta parlamentaria, la Comisión de la UE, el 23 de abril de 1980, también definió la franquicia como “*un acuerdo para usar la denominación comercial, las marcas, otros signos distintivos y el know how del franquiciador, para permitir a los franquiciados a vender productos o servicios en su forma original, utilizando técnicas comerciales especiales*”. Al respecto, se constata que estamos ante una definición que carece de buena parte de los elementos esenciales del contrato de franquicia, ya que ni tan si quiera existe la idea de cesión de “modelo de negocio”.

Posteriormente, el Reglamento 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado de la CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas - actualmente derogado -, contenía en su art. 1.3 una definición de lo que debe entenderse por franquicia, para *a posteriori* definir el acuerdo de franquicia. Conceptos que denotan la influencia de la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la CE, y en particular, del *Caso Pronuptia* de 28 de enero 1986.

Así, según el citado Reglamento, “*franquicia, es un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, know-how o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales*”.



Reza el Reglamento que “acuerdo de franquicia, es un contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos: a) el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato, b) la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un *know-how*, y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo”.

Esta descripción de lo que el Reglamento 4087/88 entendía por franquicia se perdió en las posteriores reformas de dicho Reglamento, tanto en el Reglamento 2790/1999, como en el 330/2010 que lo sustituyó, el cual, mediante la aprobación de un régimen único de exención en bloque para todos los tipos de acuerdos verticales pasó a regular de forma uniforme a todo el sector de la distribución, a excepción del sector del automóvil.

### **3. REQUISITOS DEL CONTRATO**

Como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico el art. 1261 del Código Civil determina los requisitos necesarios o elementos esenciales para que exista contrato: i. “Consentimiento de los contratantes ii. Objeto cierto que sea materia del contrato y iii. Causa de la obligación que se establezca”.

#### **3.1 EL CONSENTIMIENTO**

Al respecto, DIEZ PICAZO, analiza el consentimiento, manifestando que, “El consentimiento está formado por una voluntad interna individual de cada una de las partes

del contrato, compuesta por una motivación y un querer hacer, y una declaración que individualmente emite cada parte, en la que da a conocer su voluntad interna, siendo el contrato el espacio donde confluyen ambas voluntades. Solamente si coinciden voluntades y declaraciones habrá acuerdo”<sup>84</sup>.

A lo que, DEL POZO, VAQUER y BOSCH <sup>85</sup> añaden que, “el consentimiento contractual no es suficiente para la existencia de un contrato, sino que este consentimiento debe proyectarse sobre un determinado contenido, entendiendo por contenido el conjunto de derechos y obligaciones asumidas por las partes”<sup>86</sup>.

Según el art. 1265 CC determina que “*será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*”. En el contrato de franquicia, para evitar que existan vicios del consentimiento como el error, vicio o el dolo omisivo, la información precontractual es fundamental para poder prestar un consentimiento debidamente informado, por lo que, si esta información no se suministra o se hace de forma parcial o insuficiente, el consentimiento nace viciado y, como consecuencia, la voluntad contractual se formará defectuosamente.

La información mínima que con carácter previo debe suministrar el franquiciador al franquiciado para que pueda tomar una decisión consciente y libre y otorgar un consentimiento contractual no viciado la establece el artículo 62.2 LOCM, al prever : “*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*

---

<sup>84</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Teoría del Contrato. Sexta Edición. Pag. 139.* Civitas - Thomson Reuters. Pág. 169-186.

<sup>85</sup> VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., & SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (2012). *Derecho Europeo de Contratos... Op. Cit..* Barcelona: Atelier. Pags. 254-258.

<sup>86</sup> BURGOS PAVÓN, G., & FERNÁNDEZ IGLESIAS, M. S. (2010). *La franquicia: Tratado... Op. Cit..* Pirámide. Pág. 225-226. De este modo, cabe traer la colación el art. 1271 CC cuando señala que, “Pueden ser objeto del contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. también podrán ser objeto del contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

*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”.*

Y el art. 1266 del CC establece que “*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*”. En el ámbito de las franquicias, para BURGOS PAVÓN<sup>87</sup>, “este supuesto se daría en el caso de que se tratara de un error sobre el *know how* del modelo de negocio o sobre las condiciones esenciales de la franquicia, que según la SAP de Barcelona nº633/2004, de 21 de septiembre<sup>88</sup>, son las siguientes: “i. La cesión de signos distintivos, ii. La transmisión del *know how* y iii. la asistencia continuada al franquiciado”.

### **3.2 EL OBJETO**

En la doctrina mas autorizada, DIEZ PICAZO<sup>89</sup> aunque admite que no puede hablarse en sentido estricto del objeto de contrato y que es una cuestión doctrinalmente polémica consensuar su concepto, lo acaba concretando como, “las cosas o servicios a que el contrato se refiere”, aunque esta definición, tal como admite el autor, no es aplicable a todo tipo de contratos. Así mismo, el autor, según la teoría de los requisitos objetivos del contrato y fundamentándose en los arts. 1271, 1272 y 1273 CC, concluye que pueden extraerse los requisitos objetivos del contrato: i. posibilidad, ii. licitud y iii. determinación.

---

<sup>87</sup> BURGOS PAVÓN, G., & FERNÁNDEZ IGLESIAS, M. S. (2010). *La franquicia: Tratado...Op. Cit.*. Pirámide. Pág. 224.

<sup>88</sup> SAP de Barcelona nº633/2004, de 21 de septiembre (ROJ: SAP B 11103/2004; Id. Cendoj: 08019370132004100566); Recurso: 736/2003; Ponente: Fernando Utrillas Carbonell. Fundamento de Derecho Primero.

<sup>89</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Teoría del Contrato*. Sexta Edición. Civitas - Thomson Reuters. Págs. 230-234.

Otro autor, LÁZARO SANCHEZ<sup>90</sup> nos aporta la idea de que “la confusión sobre el objeto del contrato ha arrastrado, sin duda, la propia sobre la naturaleza jurídica del contrato de franquicia que, si bien sirve a la distribución de mercancías y servicios desde un punto de vista económico, por su causa y objeto se encuentra alejado de la categoría jurídica de los llamados contratos de distribución (agencia, concesión) y cercano, en cambio, a la de los contratos de explotación de derechos sobre bienes inmateriales (licencias de patentes, de marcas o *know how*, de explotación de derechos de autor)”.

En su virtud, en los contratos de franquicia podemos considerar los siguientes elementos esenciales constitutivos del objeto del contrato:

### 3.2.1 LA MARCA

La marca tiene que estar debidamente registrada y ostentando el franquiciador la propiedad o el derecho a disponer de ella. Y es un elemento esencial porque en el mercado se conoce al modelo de negocio del franquiciador por la marca, estando constituida por el nombre comercial, el rótulo del establecimiento y la imagen corporativa.

La marca, cuyo concepto lo encontramos en el art. 4 Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas<sup>91</sup>, se concreta con base en un nombre, símbolo o diseño o una combinación de ambos, que sirve para diferenciar los productos de una empresa con respecto a los de diferente categoría de la propia empresa o en relación con los de la competencia. En las empresas de distribución comercial, normalmente operan con una sola marca paraguas o principal, debajo de la cual pueden convivir otras marcas secundarias.

---

<sup>90</sup> LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. (2000). El contrato de franquicia (aspectos básicos). *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*. Nro. 18, 91-116. Pág. 94.

<sup>91</sup> Art. 4 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas: “Podrán constituir marcas todos los signos, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos, a condición de que tales signos sean apropiados para”: “a) distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y b) ser representados en el Registro de Marcas de manera tal que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular”.

A través de la publicidad y la comunicación en general, la empresa transmite y fija en la mente de los consumidores un elemento identificativo de los productos o de los establecimientos del franquiciador.

El franquiciado es corresponsable normalmente por contrato, de la vigilancia de todos aquellos intentos de perjudicarla o copiarla. Ha de ser singular, porque no pueden existir dos marcas iguales en un territorio de registro y protección, como podría ser a nivel nacional, europeo o internacional, dependiendo de la clase de registro al que ha optado el franquiciador.

Las características que habitualmente tiene una marca son: brevedad, de fácil lectura y pronunciación, aunque cada vez más se tiende a utilizar anglicismos, por la fuerte expansión internacional de las empresas franquiciadoras americanas y por el efecto de la globalización. Además, la marca ha de ser fácil de memorizar, de tal forma que se pueda crear algún tipo de asociación fácil con el producto, ha de ser original y ha de estar registrada.

Ha de ser notoria<sup>92</sup>, es decir, ha de tener un nivel de conocimiento alto entre los consumidores de sus productos. A través de la publicidad y de una buena distribución se consigue aumentar la notoriedad. A menor notoriedad, menor será el valor de la franquicia para los potenciales franquiciados.

La imagen de marca es un elemento intangible constituido por actitudes, sentimientos y emociones que se crean alrededor de esta y que se encuentran en la mente de los consumidores, de tal forma que van a influir positiva o negativamente en el comportamiento de compra de estos.

---

<sup>92</sup> Art. 8 Ley 17/2001, de 7 de Diciembre, de Marcas. Además, “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentenció que el renombre es un requisito de conocimiento mínimo, lo que supone que debe valorarse utilizando principalmente criterios cuantitativos. Para satisfacer el requisito de renombre, la marca anterior debe ser conocida por una parte importante del público interesado por los productos y servicios amparados por dicha marca (sentencias de 14/09/1999, C-375/97, Chevy, EU:C:1999: 408, §22-23; 25/05/2005, T-67/04, Spa-Finders, EU: T:2005:179, §34). Para determinar si la marca anterior es conocida por una proporción significativa del público, se debe examinar caso por caso, tomando en consideración: 1) Grado de conocimiento de la marca 2) Cualquier otro factor relevante”.

Junto a la marca hay otros signos distintivos, los cuales se utilizarán para potenciar la imagen de marca y su recuerdo. Forman parte de los signos distintivos, el rótulo del establecimiento, la denominación comercial y otros elementos como los colores corporativos, los dibujos, la decoración, etc.

### **3.2.2 EL KNOW HOW**

*El know how* constituye el “saber hacer y los conocimientos acumulados durante años por el franquiciado”. A través de la cesión del *know how* al franquiciado, este deberá desarrollar el modelo de negocio del franquiciador de forma fiel.

Constituye un elemento fundamental de la franquicia y especialmente valorado por los potenciales franquiciados, dado que junto con la marca es lo que buscan como principal aportación por parte del franquiciador a la hora de decidir por emprender a través de una franquicia.

El *know how* constituye una compilación de conocimientos técnicos, comerciales, financieros, de aprovisionamiento, etc., que conforman el saber hacer de una empresa y son el resultado de la experiencia de varios años de crear y hacer crecer una empresa a través de un modelo de negocio de éxito. En la medida de que es consistente y está bien estructurado, está integrado por todos los procesos de una fórmula de éxito, y ha de representar una ventaja competitiva con respecto a otras empresas del mismo sector. Es, en definitiva, lo que debe transmitir el franquiciador al franquiciado para que este pueda replicar el modelo de negocio de la franquicia.

En la UE podemos encontrar diferentes aproximaciones al concepto de *know how*, como es el caso del Reglamento (UE) 4087/88, que lo definía como, “un conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por este, que es secreto, substancial e identificado”. Los Reglamentos 2790/1999 y 330/2010, posteriores al 4087/88, mantuvieron la citada definición. Y el Código Deontológico Europeo de la Franquicia de la FEF, en su art. 1, lo define como, “un conjunto de informaciones prácticas, no patentadas, derivadas de experimentaciones y experiencias del franquiciador, que es secreta, sustancial y determinada”. – **SECRET**, significa que “los conocimientos técnicos no son de dominio público o fácilmente

accesibles. No se limita al sentido estricto y, por ende, no requiere que cada componente de dichos conocimientos sea completamente desconocido o inaccesible fuera del negocio del franquiciador”; - SUATANCIAL, significa que “el *know-how* es significativo y útil para el comprador a efectos de uso, venta o reventa de los bienes o servicios objeto del contrato”; - DETERMINADA, que “los conocimientos técnicos deben estar descritos de manera suficientemente exhaustiva, para permitir verificar si se ajustan a los criterios de secreto y sustancialidad”.

Para un sistema de franquicias es esencial que el *know how* sea transmisible a los franquiciados, por lo que se hace necesario que esté estandarizado y descrito exhaustivamente en sus correspondientes manuales operativos, que serán entregados al franquiciado en el momento de la conclusión del contrato.

En la italiana “*Legge 129/2004, Norme per la Disciplina dell’Affiliazione Commerciale*”, en su art. 1, lo define como “una gran cantidad de conocimiento práctico sin patente derivado de experiencias y pruebas realizadas por el franquiciador, una información secreta, sustancial e identificada; al ser secreto, el *know-how*, la configuración precisa y composición de sus elementos, generalmente no es conocido o de fácil acceso; el *Know How* incluye conocimientos indispensables para el uso del franquiciado, la venta, la reventa, la gestión o la organización de bienes o servicios contractuales; el *know-how* debe ser descrito de una manera suficientemente completa, como para permitir la verificación de si cumple los criterios de secreto y sustancialidad.”

### **3.2.3 LA ASISTENCIA TÉCNICA Y LA FORMACIÓN**

La facilitación de asistencia técnica y formación a los empleados es fundamental porque, por norma general, ni el franquiciado ni sus empleados disponen de una experiencia previa en el negocio de franquicia al que piensa adherirse.

A través del contrato de franquicia, el franquiciador se compromete a suministrar asistencia técnica y formación continuada por toda la duración del contrato. Ello exige un contacto permanente entre el personal que da la asistencia y la formación y los trabajadores de la franquicia, ayudando al franquiciado a gestionar la franquicia

eficientemente, manteniendo de forma continuada todos los estándares de calidad y la buena imagen de la marca, lo cual será siempre percibido por los clientes del establecimiento.

Además de la asistencia técnica de carácter continuado, se presta la asistencia necesaria para poder abrir el establecimiento. Esta consiste en la búsqueda del local y su ubicación estratégica, la realización de los estudios económico/financieros, la tramitación de los permisos administrativos, el diseño del establecimiento, la construcción, la determinación y la distribución del equipamiento (maquinaria, las instalaciones, el mobiliario) y los elementos de imagen.

Para poder prestar la asistencia técnica y la formación necesaria para los empleados, el franquiciador deberá invertir en un equipo de empleados técnicos, para ofrecer dichos servicios esenciales a los franquiciados, a lo que contractualmente está obligado.

La formación de los empleados del franquiciado ha de correr, por tanto, a cargo de los técnicos del franquiciador.

Ha de existir una formación inicial para los trabajadores y el gerente del franquiciado, para poder realizar una apertura con el máximo de garantías para el cumplimiento de todos los estándares de calidad desde el inicio de la franquicia, ya que es fundamental que los consumidores tengan una buena experiencia desde el primer día. Algunos grandes franquiciadores llegan a obligar al mismo franquiciado que es parte en el contrato a realizar dichos cursos de formación sobre el funcionamiento de su franquicia, lo que es un reflejo de la asimetría de poder existente, sin perjuicio de que el franquiciado sea propietario del negocio franquiciado, legal y jurídicamente independiente del franquiciador.

Posteriormente, el franquiciador deberá aportar periódicamente en beneficio del franquiciado una formación también a los trabajadores, en relación con aspectos relativos a producción, procesos, comerciales, márketing, administrativos, control, etc. Lo que permite al franquiciado contratar trabajadores jóvenes con pocos o nulos conocimientos en el sector y con salarios bajos.



El coste de la formación tanto la inicial como la continuada, corre a cargo del franquiciador, si bien este lo recupera a través de los correspondientes *royalties* que paga el franquiciado.

En conclusión, cuando no exista marca, *know how*, asistencia técnica y formación, no existirá contrato, dado que son elementos esenciales de la actividad comercial en régimen de franquicia, según el art. 2 b) RD 201/2010. Si bien los tribunales, por el principio de “conservación del contrato” son reacios a declarar la nulidad del contrato por razón del incumplimiento de estas obligaciones contractuales, actuando, por tanto, de forma restrictiva. En este sentido, cabe citar la SAP de Sevilla, nº408/2010, de 13 de diciembre 93.

### 3.3 LA CAUSA

Siguiendo a DIEZ PICAZO<sup>94</sup> después de manifestar que el concepto de causa es controvertido, la define como “el propósito de alcanzar un determinado resultado empírico con el negocio o contrato de que se trate, que ha de ser por supuesto común a las partes contratantes, de manera que solo cuando no existe un propósito específico, la causa se encuentra en el propósito de alcanzar la finalidad genérica y abstracta del negocio”, es la función económico-social perseguida por el contrato y jurídicamente

---

<sup>93</sup> SAP de Sevilla, nº408/2010, de 13 de diciembre (ROJ: SAP SE 4255/2010; Id. Cendoj: 41091370082010100358); Recurso: 6213/2010; Ponente: Joaquín Pablo Maroto Márquez; Fundamento de Derecho Tercero:

*“Si leemos los términos del contrato estas obligaciones incluyen un asesoramiento y un apoyo intelectual de comprensión del negocio que se ha incumplido en el presente caso. Los manuales necesarios al respecto no se entregaron en su totalidad. El ejemplar que obra en autos es tan genérico e incluye especificaciones tan simples que de ninguna manera pueden entenderse como expresivos de una voluntad de cumplir el asesoramiento inherente a la actividad que como todo negocio de introducción en el mercado precisa de mayor complejidad”.*

<sup>94</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Teoría del Contrato. Sexta Edición. Pag. 139.* Civitas - Thomson Reuters. Pág. 275.

protegible.” De otra parte, DEL POZO, VAQUER y BOSCH<sup>95</sup> estiman que, la causa en sentido objetivo se define como “la finalidad jurídica, económica y social, que se pretende con la celebración del contrato”, y en sentido subjetivo como “la intención concreta perseguida por las partes al concluir el contrato”.

En el caso concreto del contrato de franquicia, la causa del contrato está constituida por la cesión por el franquiciador de un modelo de negocio a los franquiciados, con el objetivo de hacer crecer la empresa a cambio de una contraprestación consistente en apertura de un establecimiento con el modelo de negocio y la marca del franquiciador, así como una contraprestación dineraria.

Por tanto, podemos concluir que de no existir una transmisión del modelo de negocio o saber hacer (*know how*), no existirá contrato de franquicia, precisamente por ausencia de causa<sup>96</sup>.

## **4. LAS PARTES INTERVINIENTES**

### **4.1 CONSIDERACIONES GENERALES**

Es en el contenido de la definición de franquicia descrita en el apartado 1 del art. 62 de la Ley de Ordenación Comercio Minorista donde aparecen las figuras de franquiciador y franquiciado como partes de esta relación jurídica; de tal forma que si los tratos

---

<sup>95</sup> VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., & SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (2012). *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Barcelona: Atelier. Págs. 259-262.

<sup>96</sup> BURGOS PAVÓN, G., & FERNÁNDEZ IGLESIAS, M. S. (2010). *La franquicia: Tratado práctico y jurídico*. Pirámide. Págs. 230-231.

preliminares finalizan a satisfacción de ambas partes culminará con la perfección del contrato de franquicia, siendo este el vínculo jurídico que les unirá.

Por otro lado, tenemos el RD 201/2010 de 26 de febrero, que desarrolla el art. 62 LOCM, ofreciendo una definición de la “actividad comercial en régimen de franquicia” y los requisitos para que estemos ante un contrato de franquicia introduciendo la figura de lo que llama “el franquiciado principal”, que en definitiva es el “máster franquiciado”.

Tanto franquiciadores como franquiciados van a tener como objetivo conseguir el máximo de ventajas que este tipo de acuerdos contractuales les pueden dar y que serán en buena medida diferentes para cada uno de ellos. Ventajas que en algunas ocasiones se cumplen en la práctica, pero en otras esto no sucede, e incluso puede que ni existan.

Consideramos que debe destacarse el hecho de que, a diferencia de otros contratos afines, las partes anteponen el objetivo común, a sus propios intereses como, por ejemplo, cuando el franquiciador entra como socio en la sociedad del franquiciado para el desarrollo de sus franquicias, exponiendo capital propio y capacidad de gestión en un negocio ajeno, con el objetivo de asegurar el buen funcionamiento de la franquicia, que redundará en beneficio del franquiciado pero indirectamente también en el de toda la red de franquicias del franquiciador. Situación que se produce con cierta asiduidad en el caso de las máster franquicias, donde ambos tienen mucho en juego.

Es conveniente también explicitar cuáles son las características de las partes, las ventajas que para cada una de ellas le va a suponer perfeccionar un contrato de franquicia y los riesgos que van a tener que van a tener que asumir durante la fase precontractual, así como las averiguaciones que tendrán que llevar a cabo a efectos de tratar de reducir o eliminar en la medida de lo posible los riesgos de la futura contratación.

## **4.2 EL FRANQUICIADOR**

El franquiciador y el franquiciado, son las partes o sujetos esenciales del contrato de franquicia, ya que sin ellos no existiría la franquicia. Son a la vez empresarios jurídica y económicamente independientes, conforme a la doctrina jurisprudencial (STS, Sala de lo

Civil, de 27 de septiembre de 1996<sup>97</sup>). Independencia que se pone de manifiesto en el ámbito interno, en el que el franquiciado gestiona por su cuenta y riesgo la franquicia, aunque asumiendo un cierto nivel de control por parte del franquiciador.

El franquiciador, que puede ser fabricante o no, es el poseedor de un modelo de negocio, de éxito y suficientemente probado, que en un momento determinado ha optado por hacer crecer su empresa a través de una red o cadena de franquicias.

Algunas empresas franquiciadoras adoptan este modelo de crecimiento a través de la franquicia como única opción y otras lo hacen de forma mixta, por lo que una parte de los nuevos establecimientos serán propios y otros franquiciados. Esta segunda opción, *a priori*, puede contribuir a otorgar una mayor seguridad a los futuros franquiciados, ya que estos podrán comprobar que el franquiciador también confía e invierte en el mismo modelo de negocio que sus propios franquiciados. Pero, sin duda, la forma de demostrar un mayor compromiso por parte del franquiciador, que a la vez le permite aumentar el control sobre la franquicia, es participando societariamente, en forma de aportación de capital, en la sociedad del franquiciado. Fórmula que se utiliza con frecuencia en el caso de las *máster franquicias* y de las *multi franquicias*, donde las dos partes van a tener un volumen importante de capital y de riesgo expuestos en el desarrollo de un gran mercado (gran ciudad, región o país) en que se van a implantar los establecimientos franquiciados. Otra gran aportación, según nuestro criterio, en relación con estas sociedades mixtas, es el hecho de que se intensifica el concepto de colaboración a largo plazo por el hecho de que se mejoran los niveles de confianza entre las dos partes.

---

<sup>97</sup> STS, Sala Primera, nº0/1996, de 27 de septiembre (ROJ: STS 5101/1996; Id. Cendoj: 28079110011996101791); Recurso: 3545/1992; Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; Fundamento de Derecho Primero.

*“Desde un punto de vista doctrinal ha sido definido como 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”.*

La falta de recursos en la fase inicial de los franquiciadores, junto con sus ansias de crecer rápido, son dos de los principales motores en la toma de decisión de iniciar una cadena de franquicias, y que decae cuando estas motivaciones desaparecen. En realidad, salvo algunas excepciones, los grandes franquiciadores internacionales tienen más establecimientos propios que franquiciados. Lo que ocurre es que estas excepciones son muy relevantes, como demuestran ser los casos de *McDonald's* o del grupo *¡Yum! Brands, Inc.* de Pepsico (*KFC, Taco Belt y Pizza Hut*) y su evidencia está en que, siendo empresas altamente rentables para sus accionistas, mantienen una mayor proporción de establecimientos franquiciados que propios.

La opción de franquiciar le va a suponer al franquiciador la consecución de unos objetivos, así como el hecho de acelerar la velocidad de su expansión, aumentar el valor de su marca, mejorar su ROI. Y, como se ha dicho anteriormente, obtendrá con ello unas ventajas, pero también deberá soportar algunos inconvenientes, así como la asunción de unos riesgos, tanto en la fase precontractual como en la contractual y post contractual.

Así pues, en el mercado convivirán establecimientos propios del franquiciador con los de los franquiciados, sin distinción a ojos de los clientes de la enseña, por lo que cualquier buena o mala gestión que repercuta sobre dichos clientes, contaminará a todos, sin que llegue a adquirir mayor transcendencia el concreto origen del problema.

### **4.3 EL FRANQUICIADO**

La figura del franquiciado es casi siempre un empresario emprendedor, que puede ser persona física o jurídica. También puede ser una empresa organizada que ya esté en funcionamiento, constituida en alguna forma societaria.

Como decíamos con anterioridad, el franquiciado va a mantener una independencia económica y financiera con respecto al franquiciador, asumiendo la totalidad de la inversión de la franquicia y el riesgo empresarial, siendo el responsable de todos los activos y pasivos de la franquicia y de los trabajadores y empleados que trabajen en ella. Asimismo, será el responsable frente a terceros de las deudas y daños que se puedan ocasionar por la explotación del negocio en modo de franquicia. Eso sí, deberá ceder una

parte de su autonomía como gestor de la empresa, ya que, estará sometido al control y directrices del franquiciador, en orden a una buena gestión y manejo de la franquicia.

El hecho de adherirse a una cadena de franquicias le va a permitir poder utilizar un modelo de negocio, propiedad del franquiciador, probado y de éxito, a cambio de una contraprestación económica en forma de *royalties*, con lo que va a ganar tiempo en la puesta en marcha del negocio, a la vez que podrá reducir el riesgo empresarial inherente al mismo. Si bien, la figura del franquiciado no está exenta de riesgos de diferente índole por el hecho de adherirse a una cadena de franquicias, especialmente en la fase precontractual.

Las características del franquiciado vendrán determinadas por el franquiciador, dado que cada sector de actividad requiere de un perfil concreto y, en última instancia, es el propio franquiciador quien va a decidir a quién le concede una franquicia en un territorio determinado.

Es recomendable que el franquiciado posea las cualidades de un buen empresario: gestión óptima de recursos, administrar bien, organizar un equipo de trabajadores eficientes, saber comprar, trato con los clientes, responsabilidad a la hora de cumplir con las obligaciones societarias, etc. En este sentido, DIEZ DE CASTRO<sup>98</sup> resalta el espíritu emprendedor deseable en un franquiciado, al afirmar que “han de tener un espíritu emprendedor porque la franquicia, si bien se reduce el riesgo del negocio, no lo elimina e incluso puede sea superior al que tendría como operador independiente, si la franquiciadora falla en sus prestaciones, o el modelo de negocio no tiene las capacidades y potencialidad de generar negocio rentable”.

El poder disponer de un modelo de negocio de éxito es una gran ventaja, pero si no va acompañado de una buena gestión, el franquiciado corre el riesgo de perder parte o toda la inversión puesta en la franquicia, al margen de los previsibles conflictos legales con el franquiciador, que previsiblemente va a tener que afrontar.

Estimamos que algunas de las cualidades requeridas para emprender no se aprenden porque son inherentes a la propia persona y que muchas veces ni el propio futuro

---

<sup>98</sup> DÍEZ DE CASTRO, E. (2005) “*El sistema de franquicia*”. *op. cit.* págs. 37-38.

franquiciado conoce. *La Federal Trade Commission* (FTC) de EEUU, tiene un cuestionario, que invita a responder a todos los futuros franquiciados, para ayudarles a conocerse mejor, evaluar sus capacidades financieras y conocer los riesgos a los que se expone.

## **5. CONTENIDO DEL CONTRATO**

La franquicia, como modelo de distribución comercial, se compone de una serie de elementos esenciales, los cuales son contemplados en mayor o menor medida, en las definiciones de franquicia dadas por los diferentes ordenamientos jurídicos y normas de referencia de las diferentes Asociaciones de Franquiciadores/dos nacionales.

Así pues, no existiría franquicia si en el contenido del contrato no se encuentran reflejados dichos elementos esenciales o básicos. Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, tal como hemos podido ver anteriormente, los elementos esenciales (marca, *know how*, asistencia técnica y formación) los establece el RD 201/2010, a los que deberíamos añadir otros, algunos de los cuales suelen estar incorporados en el contrato, los cuales, aunque jurídicamente no son exigibles, sí son necesarios para el buen funcionamiento de la franquicia, evitando futuros conflictos que pudieran surgir por la falta de previsión y concreción de los intereses de ambas partes.

### **5.1 LOS CÁNONES Y LOS *ROYALTIES***

La cesión del modelo de negocio a través del derecho de uso de la marca, Derechos de Propiedad Industrial (en adelante, DPI), signos distintivos, *Know How*, prestación de asistencia técnica, formación a los empleados, etc., conlleva siempre una contraprestación económica.

El primer pago que tiene que atender el franquiciado es el canon de entrada, que consiste en una cantidad fija, por la asistencia técnica aportada por el franquiciador hasta el momento de la apertura del establecimiento, la concesión de una exclusividad territorial y la entrega de los manuales operativos. La cuantía variará en función de la notoriedad y

tamaño del franquiciador, pero también del tamaño de la franquicia que se está negociando, dado que en el caso de multi franquicias o de las máster franquicias la cuantía será diferente que en el supuesto de tratarse de una sola franquicia.

El segundo pago que realiza el franquiciado son los *royalties* mensuales, importes que se calculan con base en un porcentaje de las ventas mensuales y que suele oscilar entre un 4 y un 8 % sobre estas. La causa de esta contraprestación periódica es la cesión de uso de la marca y DPI, del *Know How* del modelo de negocio, la innovación de productos, la formación de los empleados, la asistencia técnica y comercial suministrada periódicamente y un aprovisionamiento con costes que incluya economías de escala.

Y finalmente, el franquiciado también deberá pagar mensualmente un *royalty* en concepto de publicidad corporativa que vaya a realizar el franquiciador, el cual suele estar alrededor del 5 % sobre las ventas. Suele ocurrir que los franquiciadores a veces no invierten todo el dinero recaudado, quedándose con el resto, por lo que el conjunto de franquiciados de la red sufre las consecuencias de unas pobres acciones de márketing con la correspondiente afectación sobre sus ventas.

El impago de cánones y *royalties* es una de las causas que origina una mayor litigiosidad. Este incumplimiento contractual es frecuente, cuando la franquicia no da los resultados esperados, independientemente del motivo: unas veces es debido a la mala gestión de la franquicia, otras a que el modelo de negocio del franquiciador no tiene la capacidad suficiente como para hacerla rentable y también puede ser debido a la mala ubicación del local comercial. La respuesta del franquiciado a una demanda de reclamación por impago suele consistir en alegar incumplimientos previos del franquiciador, o vicios en el consentimiento producidos por la falta de información o una información deficiente o la falta de objeto del contrato en aras de que se declare la nulidad del contrato. En este sentido, es ilustrativa la SAP de Valencia, nº299/2019, de 9 de Julio<sup>99100</sup>, en la cual el

---

<sup>100</sup> SAP de Valencia 299/2019 de 9 de Julio (ROJ: SAP V 3107/2019; Id. Cendoj: 46250370072019100247); Recurso: 89/2019; Ponente: Javier Almonacid Lamelas; Fundamento de Derecho Segundo:

“(..) manifiesta su intención de resolver el contrato de franquicia entre Avanza Estética Gandía y la demandante, en dicho escrito informa que el motivo de no pagar los *royalties* es por falta de servicios e incumplimiento del contrato de franquicia ”



franquiciado interpuso una demanda por incumplimientos contractuales del franquiciado, después de que este lo hubiera demandado previamente por impago de royalties.

## **5.2 LA EXCLUSIVIDAD TERRITORIAL**

El pacto de exclusividad territorial erige al franquiciado en el titular de la única franquicia de aquella enseña en un territorio determinado, sin que el propio franquiciador ni ningún otro potencial franquiciado pueda ubicarse en él.

Esta exclusividad se establece por toda la duración del contrato y puede tener una extensión muy diferente, en función del acuerdo alcanzado. Así, se puede limitar a un perímetro de algunos centenares de metros alrededor del establecimiento, a una ciudad o incluso a un país entero, si bien en estos últimos dos casos, con el necesario compromiso por parte del franquiciado a través de un “plan de expansión”, que incluya la apertura de un número determinado de establecimientos durante un período de tiempo,

Cuando se trata de exclusividades a nivel de grandes ciudades, regiones o países, normalmente, se está ante un contrato de máster franquicia, el cual le otorga al máster franquiciado el derecho de conceder franquicias a *sub* franquiciados, dentro de su territorio de exclusividad.

En las renovaciones contractuales normalmente se mantiene el territorio de exclusividad, si bien se puede plantear el caso de que el franquiciador intente reducirlo para poder vender más franquicias a terceros, lo que por supuesto va a provocar el descontento del franquiciado.

El establecimiento de cláusulas de exclusividad en los contratos de franquicia ha sido tradicionalmente analizado a la luz de las disposiciones de derecho europeo, en particular, del Reglamento (UE) nº330/2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas<sup>101</sup>.

La STS, Sala de lo Civil, nº532/2012, de 30 de julio de 2012<sup>102</sup>, nos ofrece una interesante reflexión en relación con la vulneración de una cláusula de exclusividad territorial, de la cual se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a- Como resultado del incumplimiento por parte del franquiciador del contenido de la cláusula de exclusividad territorial, los franquiciados solicitaron ante los tribunales la resolución del contrato y una indemnización por daños y perjuicios con base en el art. 1124 CC.
- b- En los Fundamentos de Derecho no se hace ninguna mención a la Ley 15/2007 DC, y en cambio se apoya en diferentes artículos del CC referidos a contratos y al principio de buena fe del art. 7 CC.
- c- La Sala fundamentó la argumentación de la resolución del contrato, con base en la vulneración de un elemento esencial de este y toma como referencia lo regulado en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980 y el Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos y el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.

---

<sup>101</sup> RIBÓ, A. & POCH, A. (2015). Los peligros del contrato de franquicia y cómo mitigarlos. *Economist & Jurist*, pág. 59. <https://docplayer.es/12746917-Los-peligros-del-contrato-de-franquicia-y-como-mitigarlos.html>

<sup>102</sup> STS, Sala de lo Civil, nº 532/2012, de 30 de julio (ROJ: STS 6079/2012; Id. Cendoj: 28079110012012100521); Recurso: 1495/2009; Ponente: Rafael Gimeno-Bayon Cobos; Fundamento de Derecho Primero:

*“Todos los contratos fijaban zonas de exclusiva por las que la franquiciada se obligaba a no establecer ningún otro establecimiento CLIMASTAR ni por sí mismo ni a través de terceras personas en régimen de franquicia, todo ello sujeto a los plazos y especificaciones que en el citado”. “Las franquiciadas interpusieron demanda contra la franquiciadora por entender vulnerados los respectivos pactos de exclusiva e interesaron la resolución de los respectivos contratos, así como la indemnización de daños y perjuicios y otros pronunciamientos complementarios”.*

- d- La Sala apreció causa suficiente para la resolución del contrato, el carácter esencial del incumplimiento contractual a través del cual se ha “destruido” la confianza de la otra parte, totalmente exigible en los contratos de ejecución continuada en el tiempo.
- e- En relación con el art. 1124 CC, la Sala comentó que aparte de la referencia que este hace con relación a los daños y perjuicios, nada añade, en relación con los efectos de esta resolución. El Tribunal en este caso aplicó los arts. 1303 y 1295 CC con las consideraciones de los arts. 1112 y 1123 CC, con lo que se obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses, con la excepción de aquellas prestaciones que no son contrapartida de las recibidas por la otra parte durante la vigencia del contrato.
- f- El Tribunal hizo referencia a los Principios de Derecho Europeo de Contratos y a la Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos para argumentar la irretroactividad de lo debido por el franquiciador por causa de la resolución, no afectando por tanto a los derechos y obligaciones que se hubieran generado en el pasado, al tratarse de un contrato de ejecución continuada en el tiempo.

### **5.3 LA PUBLICIDAD**

A través de la publicidad el franquiciador mantiene el nivel de conocimiento y notoriedad de la marca en la mente de los consumidores, lo cual va a redundar en unas mayores ventas por parte de todos los franquiciados de la red. Esta podrá ser corporativa, producida y realizada por el franquiciador y/o sus agencias, para la construcción o modificación de la imagen de marca o para la comunicación del lanzamiento de nuevos productos o de campañas promocionales.

Además de esta publicidad corporativa o de un ámbito general para todo el territorio de la red, esta puede ser también regional o local. El franquiciador también puede contratar una publicidad local para el territorio de una franquicia o grupo de franquicias, si bien,

deberá hacerlo bajo la supervisión del franquiciador, para la protección de la imagen de marca.

Como hemos avanzado con anterioridad, el franquiciador contratará y correrá con el coste de la publicidad, si bien lo recuperará en todo o parte, a través de los *royalties* mensuales, cobrados a los franquiciados por este concepto.

Téngase en cuenta que para los franquiciados la publicidad de ámbito general que utiliza medios de comunicación masivos es un instrumento al que solo pueden acceder dentro del ámbito de la franquicia, ya que como empresarios independientes les sería muy difícil poder sufragar el alto coste que supone.

#### **5.4 EL CONTROL**

Uno de los elementos que se estipula en todo acuerdo de franquicia es el control que el franquiciador va a ejercer sobre la franquicia y la obligación por parte del franquiciado de aceptarlo. Siendo una de las funciones de dicho control el asegurar que el franquiciado está cumpliendo con todos los procesos de los manuales de operaciones, con los estándares de calidad del producto y el servicio, así como el cuidado y vigencia de todos los elementos de imagen y comunicación, para que los consumidores de la red perciban los mismos niveles de calidad en todos los establecimientos de la red.

El franquiciado deberá suministrar periódicamente la información contable, económica y financiera de la franquicia: la cifra de ventas, las ventas por clientes, los productos vendidos en unidades y en valor. Actualmente, en la mayoría de los casos esta información se transfiere al franquiciador a tiempo real, mediante la conexión por internet de los terminales de venta de los establecimientos franquiciados.

Por otro lado, el franquiciador o sus representantes realizarán inspecciones periódicas, para supervisar el cumplimiento de los procesos de aprovisionamiento, de la manipulación y control de los productos, de los procesos técnicos o de producción, de las acciones comerciales, de la calidad del servicio, del reclutamiento de personal, de las hojas de reclamaciones de los clientes, etc.

En el supuesto de máster franquicias o multi franquicias, el franquiciador suele estar como socio minoritario en la sociedad mercantil del franquiciado, a efectos de tener un mejor control de la evolución y gestión de la franquicia.

A diferencia de la función de control que el franquiciador va a ejercer sobre el franquiciado en su gestión de la franquicia, la asistencia técnica va a consistir en la transmisión del *know how* al franquiciado, de forma periódica a lo largo de la vigencia del contrato a través de especialistas o técnicos del franquiciador. Una cosa es ayudar y acompañar en la gestión del franquiciado y otra es controlar que todo se está haciendo de acuerdo con los estándares del franquiciador y los manuales operativos de la franquicia.

Es esencial también en la referida función de control, supervisar y aprobar la ubicación del establecimiento. La ubicación de este, sus dimensiones y su formato han de ser idóneos respecto del tipo de negocio que se pretende franquiciar, por lo que es fundamental un adecuado asesoramiento por parte del franquiciador, previo a su aprobación si fuera el caso. Existen además unas técnicas específicas para objetivar las cualidades de un establecimiento comercial en un lugar concreto del mercado, ya que a veces, el éxito o el fracaso de un establecimiento franquiciado depende solamente de unos pocos metros de distancia.

El hecho de que el franquiciado o el franquiciador dispongan de un local propio en el territorio solicitado para la franquicia no debe condicionar la elección del local idóneo para el tipo de franquicia que se pretende instalar, ya que esto, suele ser el origen de muchos fracasos a la hora de rentabilizar una franquicia.

## **6. DISTINCIÓN CON FIGURAS CONTRACTUALES AFINES**

Desde una visión estrictamente económica, la distribución es un sistema de comercialización que permite a los fabricantes llegar a los consumidores o usuarios finales, incluyendo en este concepto tanto las técnicas de difusión masiva como podrían

ser las relativas a productos de consumo, como las técnicas asociativas tanto en sentido horizontal como vertical.

Sin embargo, desde un punto de vista jurídico no existe una concepción unitaria de la distribución, dada la existencia de diferentes figuras jurídicas que responden a modelos diferentes, como sería la que se lleva a cabo a través de contratos como el de comisión, agencia, distribución o franquicia.

Al tratarse la franquicia de un contrato atípico se plantea la necesidad de determinar el estatus jurídico de cada una de las partes, por lo que se deberán tener en cuenta las prestaciones de ambas para conseguir el fin que pretenden.

En este sentido, el franquiciador ha de ceder para su uso, al franquiciado, unas marcas y DPI, unos productos y un *know how*, y prestarle una asistencia técnica y una formación continuada, además de algunos otros elementos para la explotación comercial de la franquicia.

En contraprestación de todo lo anterior el franquiciado, abonará al franquiciador un canon de entrada y unos *royalties* mensuales.

De conformidad con las prestaciones descritas, existen varios contratos afines o que presentan ciertas similitudes al de franquicia. Sería el caso del contrato de licencia de marca, el de compraventa, el de arrendamiento de bienes o servicios, etc. Pero destacando especialmente por las semejanzas en algunos aspectos de los elementos del contrato, el de comisión, de agencia y de distribución.

En este sentido, la STS, Sala de lo Civil, nº1248/2000, de 19 de febrero <sup>103</sup>, asimila el contrato de franquicia al de compraventa para aplicar, de forma subsidiaria, su normativa

---

<sup>103</sup> STS, Sala de lo Civil, nº1248/2000, de 19 de febrero (ROJ: STS 1248/2000; Id Cendoj: 28079130022000100673); recurso 3144/1995; Ponente Pascual Sala Sánchez. Fundamento de Derecho Cuarto:

*“Es por ello, acertado -sigue afirmando la sentencia de la Sala Primera-, que, en la sentencia recurrida, se haya recabado para la determinación de sus efectos contractuales la regulación de un contrato típico como es el de la compraventa mercantil, y en concreto lo que determinan los artículos 325, 332, 336 y 342 del Código de Comercio. Pues una cosa es la equiparación del contrato de franquicia al de compraventa mercantil -que no es posible- y, otra, el que se recurra*

aplicable al mencionado contrato. Si bien, también hace mención de que por su atipicidad y complejidad es de “difícil encuadre”.

## 6.1 EL CONTRATO DE COMISIÓN

El contrato de comisión es una modalidad de los denominados contratos “de colaboración” que ha ido perdiendo relevancia con el paso del tiempo en favor de otro tipo de contratos como el de agencia, distribución o franquicia.

LEIÑENA MENDIZABAL<sup>104</sup> nos describe que hay sectores como el bancario o el bursátil donde este tipo de contratos son elementos esenciales de su funcionamiento operativo. “Destacando las órdenes o comisiones que los clientes emiten a los bancos en relación con el servicio de caja o depósito administrado. De la misma forma que en el mercado organizado cuando el ordenante expide órdenes bursátiles para la compra o venta de valores de Bolsa”.

SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE<sup>105</sup>, en relación con el contrato de comisión, exponen que “El contrato de comisión es el mandato en virtud del

---

*a las normas reguladoras del contrato de compraventa mercantil para la regulación subsidiaria del contrato atípico de franquicia, que es lo que ha efectuado el juzgador a quo”*

*“En definitiva, es indiscutible que el contrato que nos ocupa en el presente caso es un contrato atípico y complejo, con variadas prestaciones y objetos contractuales, que hacen difícil su encuadre”.*

<sup>104</sup> LEIÑENA MENDIZABAL, E. El contrato de agencia y la comisión mercantil. *Cuadernos de Derecho Comeercio*, 135-223. La autora pone de manifiesto además que, la figura del comisionista que llegó a ser relevante en las primeras etapas del desarrollo del comercio, con el tiempo puso de manifiesto sus carencias para estructurar todos los canales de distribución, dada su peculiaridad de esporádica y aislada, ya que estaba concebida para un acto de comercio concreto.

<sup>105</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE (2019) *Principios de Derecho Mercantil II*. Pamplona: Thomson Reuters. Pág.150.

cual, un mandatario (llamado comisionista) se obliga a realizar o participar en un acto o contrato mercantil por cuenta de otra persona /comitente).”.

Es un contrato *intuitu personae*, típico, dado que su regulación la encontramos en el CCom, concretamente en el art. 244 del CCom, que lo define como que “(...) *se reputa comisión mercantil al mandato cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.*”.

Pudiéndose concluir las siguientes características:

- a- En relación con el objeto, puede tratarse de cualquier operación de comercio, una de las partes ha de ser comerciante y el comitente será quien haga el encargo que, devengará una comisión para el comisionista.
- b- Al tratarse de un mandato, según el art. 1709 CC, “se obliga a una persona a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”. El comisionista puede actuar en nombre propio, en cuyo caso no existe representación directa, o en nombre del comitente, en cuyo caso se producen los efectos de la representación directa, tratándose siempre de un acto aislado.
- c- Es un contrato consensual porque se perfecciona por el mero consentimiento, lo cual puede establecerse de manera expresa o tácita (art. 249 CCom.).
- d- El comisionista puede suspender el encargo si no recibe la correspondiente provisión de fondos (arts. 250 y 251 CCom.).
- e- Es un contrato *intuitu personae*, por lo que la mutua confianza entre los contratantes es un elemento esencial de este contrato.
- f- El comisionista ha de actuar con la debida diligencia, en la ejecución del encargo recibido por el comitente, limitándose a ejecutar exclusivamente aquello que el comitente le pide (arts.254, 255 y 256 CCom.).
- g- La actividad que realiza el comisionista es remunerada, por lo que recibirá una comisión del comitente más los gastos que se originen en dicha operación, sin que la norma especifique el momento en que nace dicha obligación de pago (art. 277 CCom.)

Si comparamos el contrato de comisión con el de franquicia, a pesar de que existen algunas similitudes, podemos encontrar diferencias relevantes, como las siguientes:



- a- El contrato de comisión se agota con el cumplimiento por parte del comisionista de ejecutar un negocio o contrato determinado, mientras que un contrato de franquicia es un contrato de tracto sucesivo, pudiendo pactarse por tiempo determinado o indefinido.
- b- El importe que va a cobrar el comisionista por su intervención en una operación concreta se va a calcular con base en un porcentaje del montante de esta o se puede llegar a calcular sobre el beneficio que esta va a generar, de tal manera que si hay beneficio se cobra un porcentaje sobre este y si no lo hay no se cobra nada. A diferencia del franquiciador, que siempre cobra un porcentaje sobre las ventas del franquiciado, tanto si genera beneficios como pérdidas. Así pues, el concepto del pago al comisionista es por su gestión, mientras que, en el caso de la franquicia, lo es como contraprestación por la cesión del uso del modelo de negocio de éxito del franquiciador, de un *know how*, de las marcas y otros Derechos de Propiedad Industrial y por la asistencia técnica y la formación prestada al franquiciado.
- c- Actualmente, el contrato de comisión lo encontramos fundamentalmente en el sector financiero, constituyendo dentro de este una importantísima fuente de ingresos, mientras que la franquicia se encuentra fundamentalmente en el sector del *retail*, a través de múltiples conceptos comerciales, los cuales ofrecen sus productos o servicios a los clientes a través de establecimientos que llevan el rótulo de la marca franquiciadora.
- d- En el contrato de comisión no hay cesión de modelo de negocio como en el caso de franquicia, sino exclusivamente la realización de un “acto u operación de comercio”.
- e- Las partes en el contrato de franquicia actúan por su cuenta y riesgo, cosa que no ocurre en el contrato de comisión, en el que el comisionista puede actuar también en nombre y representación del comitente, siendo, en cualquier caso, el comitente quien corre con el riesgo de la operación.

El APLCM regula el contrato de comisión de los art. 541.1 al 541.15. Después de remarcar que se trata de un mandato, de concretar el carácter mercantil de dicho contrato, y de manifestar que se perfecciona por la aceptación del encargo por parte del comisionista, lo define en el art. 541.1 como “*La comisión es el mandato para realizar actividades económicas de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios*”

*para el mercado, conferido por una persona, denominada comitente, a otra, denominada comisionista, que se dedica profesionalmente a hacer encargos por cuenta de otros o a realizar actividades que sean de la misma clase que el encargo recibido”.*

Siendo de estacar el art. 541-3. con la rúbrica: “actuación del comisionista”, el cual determina que: “El comisionista actuará, necesariamente, por cuenta del comitente, pero puede desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente”. En el supuesto de actuar en nombre propio, “quedará obligado de forma directa con las personas con las que contrate, si bien estas podrán dirigirse tanto contra el comitente como contra el comisionista.

Así pues, hemos de poner de manifiesto que, aunque tradicionalmente se ha considerado el contrato de comisión como un contrato afín al de franquicia, de lo manifestado se desprende con nitidez que son más numerosas y relevantes las diferencias existentes entre ambas figuras contractuales que las similitudes.

## **6.2 EL CONTRATO DE AGENCIA**

De entre los contratos de colaboración destaca especialmente el de agencia, por el hecho de que nuestro ordenamiento cuenta con una normativa específica sobre la materia, la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia.

El contrato de agencia lo define el art. 1 de la Ley 12/1992 CA, en los siguientes términos:

*“Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”.* Concepto a partir del cual podemos extraer las siguientes características:

- a- Es un contrato de tracto sucesivo, pudiendo pactarse una duración determinada o una de indefinida (art. 23 LCA), siendo por tanto elemento esencial el carácter duradero del contrato.
- b- Tanto el principal como el agente son dos empresarios independientes (arts. 1 y 9.1 LCA)
- c- Su objeto consiste en que el agente o sus dependientes promueven y concluyen actos u operaciones de comercio en nombre y por cuenta del principal. Salvo pacto en exclusiva, el agente podrá actuar por cuenta de varios empresarios, necesitando para ello el consentimiento expreso del principal (art. 7 LCA). El agente es pues un gestor de intereses ajenos que actúa como un intermediario independiente (art. 1 LCA)
- d- El agente no asume el riesgo de las operaciones que promueve.
- e- Es consensual, sin perjuicio de que cada una de las partes pueda pedir a la otra en cualquier momento la formalización por escrito del contrato.
- f- Es un contrato bilateral y oneroso. La remuneración de la actividad que desarrolla el agente, en forma de cantidad fija o de comisión, es elemento esencial del contrato, como contraprestación económica por la conclusión de actos u operaciones de comercio, en relación con encargo que le hace el empresario (art. 1 y 11 y ss. LCA)
- g- El agente necesita la autorización del empresario para la utilización de subagentes (art. 5.2 LCA).
- h- En su labor de promoción y conclusión de actos de comercio, al agente se le exige la diligencia debida de un ordenado comerciante (art. 9.2 LCA)
- i- El agente tiene un deber de información (art.9.2. b LCA).
- j- El pacto de no competencia viene establecido por ley (arts. 20-21 LCA).
- k- El empresario tiene establecida por ley una obligación de suministro de asistencia e información al agente (art. 10 LCA)
- l- El agente dispone de una organización propia y de unas instalaciones que le van a permitir realizar sus operaciones, así como de unos empleados que colaboran en la acción comercial de venta de los productos. Todo ello, representa unos costes de estructura comercial que se ahorra el empresario.
- m- El contrato se extingue al vencimiento del plazo pactado. Y si no se ha fijado plazo o habiéndose fijado este se sigue ejecutando, se considerará que es por tiempo

indefinido (arts. 23 y 24.2 LCA). En este sentido, SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE<sup>106</sup> manifiestan que, “dado el carácter imperativo de los preceptos de la Ley, las partes no podrán establecer en el contrato un régimen diverso sobre las causas de su extinción o la indemnización a percibir por el agente como consecuencia de ella”.

Tomando en consideración las características coincidentes entre el contrato de franquicia y el de agencia, podría llevarnos a pensar que, cuando hablamos del contrato de franquicia, estamos ante un contrato de agencia. No obstante, dadas las características de sendos contratos, podemos encontrar algunas diferencias remarcables, como las siguientes:

- a- En el contrato de agencia, a diferencia del de franquicia, el agente actúa por cuenta y riesgo del empresario. En este sentido, RUIZ RICO RUIZ<sup>107</sup> resalta de forma tajante las diferencias insalvables entre ambos contratos, especialmente por el hecho de que “el franquiciado asume el riesgo del negocio, aunque pudiera existir alguna semejanza como la independencia de que gozan franquiciado y agente”. También podría llevarnos a esta conclusión el hecho de que el franquiciado coopera o colabora con el franquiciador porque, al explotar la franquicia, actúa no sólo en su propio interés sino también en del franquiciador en la expansión y consolidación de la red. Pero esta perspectiva obviaría que la cooperación que caracteriza a los contratos de colaboración ha de ser jurídicamente relevante, al consistir en un actuar por cuenta de otro, a diferencia de la franquicia, donde las dos partes actúan y explotan su propio negocio por su cuenta y riesgo<sup>108</sup>.

No obstante, esta fundamental diferencia, ha estado parcialmente desdibujada, por el hecho de que el franquiciador interfiere en la autonomía empresarial del

---

<sup>106</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, J. (2019). *Instituciones de Derecho Mercantil II*. Pamplona: Thomson Reuters. Pág. 232.

<sup>107</sup> RUIZ-RICO RUIZ, C. (2008). *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos: problemática actual*. Tirant. Págs. 80-82.

<sup>108</sup> SERRANO ACITORES, A. (2016). Un análisis jurídico-económico del contrato de franquicia, su tipología y su diferenciación de figuras afines. *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, pág. 77.

franquiciado imponiéndole unos manuales de gestión de las operaciones de la franquicia y una supervisión periódica de esta, creando una relación de dependencia. En esta línea argumental, también MORALEJO MENENDEZ<sup>109</sup> manifiesta que “en este sentido el propio TS ha afirmado en la Sentencia de 22 de Junio 2007 que la esencial similitud, desde el punto de vista de la función económico-social, entre las relaciones de agencia y distribución, permite superar la barrera técnica aparente entre los diversos *modus operandi* de agente y de concesionario y priva de peso al dato de que el concesionario actúe en nombre y por cuenta propia, pues, de una u otra manera, ambos, agente y distribuidor, promueven la presencia de productos del concedente o empresario en el mercado, integrándose en la red distributiva del concedente”.

- b- Otro elemento diferencial a destacar es la forma de remuneración<sup>110</sup>. En el caso del agente, este va a cobrar del empresario una remuneración por cada uno de los actos de comercio que concluya en nombre y representación de dicho empresario, mientras que en el caso del franquiciado su remuneración vendrá dada por los resultados que obtenga como consecuencia de unos ingresos que le vendrán de los clientes del establecimiento franquiciado menos los gastos propios de la franquicia. Por otra parte, el franquiciador recibirá unos ingresos en forma de cánones y *royalties* que le pagará el franquiciado por la cesión de uso del *know how*, la marca, los DPI y la asistencia técnica y formación continuada
- c- En el contrato de agencia se exige por imperativo legal al agente que su actuación ha de estar presidida por la diligencia debida de un ordenado comerciante, mientras que en la franquicia debemos recurrir a la jurisprudencia o al Código de Comercio para encontrar tal exigibilidad.
- d- Al agente se le establece un deber de información en la fase contractual con los clientes, que el franquiciado no tiene.

---

<sup>109</sup> MORALEJO MENÉNDEZ, I. (2007). *El Contrato mercantil de Concesión*. Aranzadi. Pág. 56.

<sup>110</sup> RUIZ PERIS J.I., M. M. (2018). *Contratos de Distribucion*. Barcelona: Atelier. Págs. 13-69. El autor, hace un interesante análisis del contrato de agencia, profundizando en sus elementos esenciales, lo cual permite identificar similitudes y diferencias en relación con el contrato de franquicia.

- e- La posibilidad de que, por ley, el contrato de agencia se convierta en indefinido, no existe en el contrato de franquicia, que se regirá exclusivamente por lo pactado contractualmente entre las partes y que, si bien se puede acordar que este sea por tiempo indefinido, en la gran mayoría de los casos se tratará de una duración determinada.

Así pues, existiendo diferencias notables, no hay motivo para la aplicación de la LCA a la franquicia, sin embargo, es útil para dar respuesta a cuestiones concretas como los pactos en exclusiva, la indemnización por clientela o la prohibición de competencia, tal como podemos observar en la STS, Sala Primera, nº610/2012, de 22 de octubre <sup>111</sup>.

En la práctica de las grandes franquicias, el control que el franquiciador ejerce sobre sus franquiciados es muy importante consistente en un acceso continuado a toda su información comercial, a una supervisión muy estricta de la gestión, a la obligación de comprar forzosamente a determinados proveedores o el tener que realizar determinadas campañas de márketing, etc...., lo cual genera que tal independencia quede muy mermada, acercándolo pues al contrato de distribución.

### 6.3 EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

Según parte de la doctrina se puede diferenciar dos tipos de distribución que operan simultáneamente en el mercado: la distribución selectiva y la extensiva. Siendo la distribución selectiva la que guarda más semejanzas con el contrato de franquicia, resaltando FONT RIBAS.<sup>112</sup> algunas de ellas al afirmar que “la idea que preside la

---

<sup>111</sup> STS, Sala Primera, nº610/2012, de 22 de octubre (ROJ: STS 7805/2012; Id. Cendoj : 28079110012012100685); Recurso: 1680/2009; Ponente: Ignacio Sancho Gargallo; Fundamentos de Derecho Quinto.:

*“El primer motivo denuncia la vulneración de los arts. 28, 29 y 30 de la Ley 12/1992 del contrato de agencia, pues el contrato fue resuelto por incumplimiento de las obligaciones de la franquiciada, que no alcanzó los objetivos previstos, lo que por previsión expresa del art. 30 LCA impide que pueda concederse una indemnización por clientela y por daños y perjuicios.”*

<sup>112</sup> FONT RIBAS, A. (1987). *Mercado Común y Distribución: La distribución selectiva y exclusiva a través de representantes concesionarios*. Barcelona: Editorial Bosch. Págs. 6-20. Añadiendo que: “El hecho de que este reparta su producción entre un número limitado de revendedores, y una pléyade de posibles revendedores permanezca apartada del mismo, no

elección de una red selectiva de distribución es la limitación teórica del número de operadores que tienen acceso a la red y la reserva por parte del productor de un determinado número de facultades de control en la comercialización del producto”.

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico no podemos encontrar una definición del contrato de distribución selectiva, si disponemos la que nos ofrece el art. 1 del Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de Abril 2010, el cual determina que, es “*un sistema de distribución por el cual el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, solo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometen a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema*”.

Según CARBAJO CASCÓN<sup>113</sup> “la principal contribución al concepto y contenido del contrato de distribución selectiva proviene del derecho protector de la libre competencia donde se recoge una noción básica de los sistemas de distribución selectiva y se regulan e interpretan los principales aspectos de su contenido económico y jurídico. Y ello es así porque los contratos de distribución selectiva constituyen acuerdos verticales que contienen restricciones a la libre competencia, si bien la mayoría de ellas están consideradas exentas de su prohibición”.

A través del contrato de distribución selectiva, el empresario proveedor, fabricante o importador, selecciona a los distribuidores mayoristas o minoristas, los cuales pasan a tener un trato preferente en la adquisición de los productos y servicios contractuales, así como la asistencia técnica y para la formación del personal, con el fin de que dichos distribuidores vendan por su cuenta y riesgo, a través de los establecimientos autorizados,

---

significa forzosamente que se haya producido una restricción cuantitativa, sino que se trata de una simple elección empresarial adoptada bajo el peso de criterios que presiden el juicio de la racionalidad económica. Da igual contingentar unilateralmente los puntos de venta (distribución selectiva) que conceder exclusivas para ámbitos territoriales determinados. La contingentación y la concentración de los puntos de venta abocan a un único y mismo resultado: el control de la distribución por el productor, permitiendo recompensar al distribuidor”.

<sup>113</sup> CARBAJO CASCÓN, F.. (2018). En AAVV. *Contratos de Distribucion*: Ignacio Ruiz Peris, J, Martí Miravalls, J. Barcelona: Atelier. Págs. 72 y 73.

los productos del proveedor o persona que este designe, pudiendo prestar a su vez un servicio *post* venta. En determinados sectores, como el del lujo, en este tipo de distribución es más importante la política comercial de prestigio de la marca que la política de precios. Los distribuidores se obligan a no vender los productos contractuales a comerciantes no integrados en la red de distribución. Los criterios de selección de los distribuidores son tanto cualitativos como cuantitativos. Es posible encontrar sistemas de distribución selectiva, en los que los proveedores incluyen en sus contratos marco condiciones especiales en relación con el aprovisionamiento: compra mínima, marca única, precios recomendados o precios máximos, uso de marca y signos distintivos, etc.

El contrato de distribución, al igual que el de franquicia, es un contrato atípico, al carecer de normativa específica reguladora, y es de naturaleza “*intuitu personae*” en tanto que se fundamenta en la confianza de las partes. Así se puede observar del contenido del ATS, Sala de lo Civil, de 10 de abril del 2019 <sup>114</sup>.

Otras características esenciales del contrato de distribución selectiva son las siguientes: es mercantil dado que las partes integrantes son empresarios independientes, consensual, bilateral, sinalagmático, oneroso, conmutativo, a veces se presenta como un contrato de adhesión, puede contener relaciones jurídicas complejas (compraventa, cláusulas de compra en exclusiva, licencias de marcas y/o patentes, licencias de secreto empresarial, cláusulas de financiación, estipulaciones sobre precios y pactos de no competencia, obligaciones de publicidad y promoción, etc.), de duración o de tracto sucesivo, deber de

---

<sup>114</sup> ATS, Sala de lo Civil, de 10 de abril del 2019 (ROJ: ATS 3873/2019; Id. Cendoj: 28079110012019201606); Recurso: 491/2017; Ponente: Eduardo Baena Ruiz; Fundamento de Derecho Tercero:

“(…) *el citado incumplimiento supuso un claro quebrantamiento de la confianza que preside los contratos de colaboración empresarial y en particular los contratos de franquicia y agencia, suscritos por las partes (…)*.”

GADEA E., GAMINDE E., REGO A. (2016). *Derecho de la Contratación Mercantil*. Madrid: Dykinson. Págs. 205-225. El autor que hace una completa descripción del contrato de distribución y sus características, si bien no pudo introducir por razón de la fecha de publicación del libro, la importante incorporación del contrato de distribución en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de Marzo 2018, que lo acerca todavía más al contrato de franquicia al incluir a este último como una modalidad del primero y compartiendo la mayoría del clausulado. Considera como elemento común de ambos contratos el hecho de que sean de adhesión.



información para las partes, facultades de control por parte del proveedor, se suelen dar asimetrías negociales y exclusividad territorial en el caso de la distribución en exclusiva.

Matiza RUIZ PERIS<sup>115</sup> que “ello, a su vez con un límite inherente, el Derecho *antitrust*, pues como es sabido, los contratos de distribución, además de su problemática jurídico-obligacional, generan problemas en la vertiente concurrencial”.

Mientras que, en los contratos de franquicia, ambas partes del contrato comparten un mismo bien jurídico, que es el modelo de empresa, la tecnología o los productos que se distribuyen, constituyendo otro rasgo relevante el hecho de que el cabeza de red, titular del bien jurídico compartido, dispone de las facultades de coordinación, dirección y control.

La afinidad entre ambos contratos es tal que en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil del 2018” se incluye al contrato de franquicia como una modalidad del contrato de distribución, compartiendo la mayor parte de la normativa aplicable. En el art. 545-1 APLCM<sup>116</sup> encontramos una definición del contrato de distribución, de la cual se desprenden las siguientes características: i. Es un contrato mercantil, ii. Tanto proveedor como distribuidor actúan como empresarios independientes, iii. El distribuidor asume el riesgo de las operaciones que realiza, iv. Es un contrato bilateral y de larga duración, v. El distribuidor se suministra exclusivamente del proveedor o de personas que el designe.

El APLCM, en su art. 545-6, establece un deber de información de las partes, para que estas “puedan obligarse con conocimiento de causa”. Dicha información deberá ser fundada, veraz y no engañosa, estableciéndose en dicho precepto un deber de

---

<sup>115</sup> RUIZ PERIS, J.I. (2007). *Intromisión en la clientela ajena y ...*” *Op. cit.* Pág.19. Font Ribas, A. (1987). *Mercado Común y Distribución: La distribución selectiva y exclusiva a través de representantes concesionarios*. Barcelona: Editorial Bosch.

<sup>116</sup> Artículo 545-1. APLCM. Noción y mercantilidad:

“1. Por el contrato de distribución, cualquiera que sea su denominación, una de las partes, denominada distribuidor, que actúa como empresario independiente y asume el riesgo de las operaciones que realiza, se obliga a adquirir de otra, denominada proveedor, bienes o servicios para comercializarlos de manera duradera y estable”.

“2. Los contratos de distribución tienen carácter mercantil.”

confidencialidad por la información recibida. Además, los contratos de distribución pueden contener pactos de exclusiva territorial, tal como prevé el art. 545-15 APLCM. El art. 545-5 APLCM provee que, en ambos contratos, las partes podrán pedir a la contraparte la formalización de este por escrito; sin perjuicio de preservar su naturaleza consensual. Y en el art. 545-17 APLCM<sup>117</sup> se establece una cláusula específica para el contrato de franquicia, siendo todo lo demás, tanto de la parte contractual como precontractual, común para ambos contratos.

Tanto el contrato de franquicia como el de distribución son contratos de colaboración empresarial, siendo a su vez contratos de distribución comercial, en los que ambas partes se asocian para la obtención de unos objetivos comunes y se transmiten una información de forma recíproca.

La STS, Sala de lo Civil, nº754/2005, de 21 de octubre 2005<sup>118</sup>, recurrió a la Sentencia del *Caso Pronuptia* anteriormente analizada para diferenciar un contrato de franquicia y un contrato de distribución.

Es de destacar como elemento diferencial entre ambos contratos, el aspecto retributivo. En el contrato de franquicia el franquiciado se retribuye a través del resultado obtenido por la venta de los productos de la franquicia y el franquiciador a través de los *royalties*

---

<sup>117</sup> Artículo 545-17 APLCM. Franquicia:

“1. El franquiciador se obliga a comunicar al franquiciado los conocimientos secretos necesarios para poder desarrollar el negocio y a prestarle la asistencia técnica y comercial requerida”.

“2. El franquiciado se obliga a pagar la cuota y el canon de acceso estipulados, a no divulgar los conocimientos secretos que le han sido transmitidos y a informar al franquiciador de las violaciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial que se produzcan en su territorio”.

<sup>118</sup> STS, Sala de lo Civil, nº754/2005, de 21 de octubre (ROJ STS 6410/2005; Id Cendoj: 28079110012005100801). Recurso: 555/1999; Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández; Fundamento de Derecho Segundo.

“(…) siguiendo a la Sentencia del TJCE de 28 de enero de 1.996 (caso *Pronuptia*), la diferencia de los contratos de suministro o de distribución de mercancías, en que: a) el franquiciador debe transmitir su *know how*, o asistencia o metodología de trabajo, aplicando sus métodos comerciales”; “y, b) que dicho franquiciador queda obligado a diseñar, dirigir y sufragar las campañas publicitarias, realizadas para difundir el rótulo y la marca del franquiciador”.

y cánones que le ha de pagar periódicamente el franquiciado, mientras que en el de distribución ambas partes se retribuirán a través del resultado obtenido por la venta de sus productos.

Otra distinción importante es el hecho de que, en el contrato de franquicia, lo que el franquiciador cede o transmite es un “modelo de negocio” creado y probado por el franquiciador, que comprende la utilización de las marcas, de los signos distintivos como el nombre comercial, del rótulo, del logotipo y del *know how* relativo a la fabricación, comercialización y gestión del negocio franquiciado. A diferencia del contrato de distribución que se organiza en función de la venta.

No obstante, la regulación de un deber de información a través del art. 62 LOCM ha distanciado ambos contratos, si bien no lo suficiente como para que no deje de ser fuente de derecho aplicable por los tribunales.

A pesar de que las diferencias comentadas entre sendos negocios jurídicos que son evidentes, existen notorias semejanzas, no siendo casual que el legislador haya incluido, de forma más o menos acertada en su APLCM, al contrato de franquicia como una modalidad del contrato de distribución. En este sentido, RUIZ-RICO<sup>119</sup> declara que “aunque la normativización de algunos aspectos del contrato de franquicia, concretamente del deber de información por parte del franquiciado en el art. 62 LOCM, las diferencias entre ambos contratos son tan pocas que no debería obstaculizar el proceso de aportaciones normativas mutuas”.

Y cuestionamos parte de la concurrencia de elementos comunes, por el hecho de que el contrato de franquicia es el punto de partida de una actividad económica<sup>120</sup> que es la

---

<sup>119</sup> RUIZ-RICO RUIZ, C. (2008). “El contrato de franquicia...”, *Op. Cit.* Págs. 78-80.

<sup>120</sup> BROSETA PONT, M. y MARTINEZ SANZ, F. (2020) *Manual e Derecho Mercantil. Op. Cit.*. Tecnos. Pág. 55. Para los autores la actividad económica del empresario es uno de los tres elementos esenciales del contrato mercantil (los otros son, el empresario y la empresa). Según ellos, “La actividad económica puede contemplarse desde una perspectiva jurídica o desde una perspectiva económica. De acuerdo con la primera, la actividad del empresario es relevante para Derecho Mercantil, porque al ser realizada profesionalmente atribuye al sujeto agente un status especial; porque para hacerla posible surgen principios e instituciones también especiales; y finalmente porque la explotación de esta actividad se concreta en la realización de un conjunto de actos y en la estipulación de negocios jurídicos, con quienes se pone en relación con el empresario, por razón de la actividad económica explotada por este. La actividad económica externa del

franquicia, con una entidad muy acentuada y propia, que representa una parte importante de nuestra economía y que merecería una regulación también propia, o al menos, más completa.

## **7. CLASES DE FRANQUICIA**

Se pueden establecer diferentes clases de franquicia en función del criterio utilizado. Así, se pueden categorizar tipologías diferentes en función de la actividad desarrollada por el franquiciado y por el número de franquicias de este, destacando especialmente las máster franquicias, dado que, por su relevancia en la economía, son consideradas de forma especial en distintos ordenamientos jurídicos como el español, el italiano, el de EEUU, así como por el *soft law* europeo e internacional.

### **7.1 POR LA ACTIVIDAD DEL FRANQUICIADO**

La actividad y la estructura de la franquicia, en la que se ajusta el modelo de negocio, va a determinar un tipo de franquicia u otra, algunas veces con diferencias notables, pudiendo distinguir *grosso modo* la franquicia industrial, la franquicia de servicios y la franquicia comercial.

Por su parte, TORRUBIA CHALAMETA<sup>121</sup> expone los elementos diferenciales entre la franquicia industrial y la comercial, argumentando que la “franquicia industrial o de producción es la que el franquiciado adquiere el derecho a fabricar los mismos productos que fabrica el franquiciador, mientras que la franquicia comercial o de distribución es la que el franquiciado adquiere el derecho a vender determinados productos, ya se trate de

---

empresario que realiza por medio de una empresa se concreta fundamentalmente en la estipulación de contratos con otros empresarios o con su clientela, de cuyo número y resultado depende el éxito o el fracaso de su empresa.”

<sup>121</sup> TORRUBIA CHALAMETA, B. (2010). “El contrato de franquicia”. Op. Cit. Pág. 310.

productos fabricados por el franquiciador o por terceros vinculados jurídica o económicamente con él o fabricados por terceros independientes”.

En el caso de las franquicias industriales, dadas sus características, aunque cumplen con los requisitos de una franquicia, quedan al margen de toda regulación en el ámbito internacional, probablemente porque se trata de una regulación específica que, salvo unas pocas excepciones, solamente regula el deber de información en favor de la parte débil del contrato. Esta asimetría de poder negociador de las partes, que se da con mucha frecuencia en las franquicias comerciales, en las industriales se da de forma excepcional, en la medida que ambas partes suelen ser grandes empresas.

### 7.1.1 FRANQUICIA INDUSTRIAL

La franquicia industrial es aquella que está constituida por una colaboración entre fabricantes, en la que ambas partes son, por tanto, industriales. En esta modalidad, el franquiciador cede el derecho a fabricar y vender el producto bajo su marca y utilizando su *know how* y otros DPI. Asumiendo, por tanto, el franquiciado una parte del proceso de fabricación.

Con esta modalidad de negocio jurídico el franquiciado puede ser más independiente en términos de no estar sometido a la restricción y las pautas que tiene el formato de franquicia comercial. Sin embargo, el franquiciado todavía tiene que seguir ciertas instrucciones, como vender los productos del franquiciador de forma exclusiva o semiexclusiva.

El franquiciado se obliga a abonar un *royalty* por usar el nombre y las marcas registradas y los productos que desea vender. Paradójicamente, aunque la franquicia industrial es la más popular, la franquicia comercial representa en la actualidad el porcentaje más alto sobre las ventas totales de minoristas.

Algunas de las grandes marcas que utilizan este concepto son *Coca-Cola* y *Ford Company*. En el caso de *la Coca-Cola Co.* tiene como franquiciadas a grandes empresas industriales nacionales y algunas internacionales como *Coca-Cola European Partners* con 50 plantas embotelladoras y más de 25.000 empleados. La franquiciadora *Coca-Cola*

Co. cede a los franquiciados el uso de la marca, el *know how* industrial y otros DPI como el diseño de los envases y etiquetas, y les vende el jarabe para la fabricación del refresco. Por su parte, los franquiciados elaboran el producto en base al *know how* recibido, al jarabe suministrado y a otras materias primas compradas a proveedores terceros homologados por la franquiciadora y lo venden a través de diferentes canales de distribución como el *retail*, restauración, super e hipermercados, etc., pero en ningún caso al consumidor final, como sí sucedería en una franquicia comercial.

### **7.1.2 FRANQUICIA DE SERVICIOS**

A través de este sistema de franquicias, el franquiciador concede al franquiciado el derecho a prestar los servicios de la franquicia con los signos distintivos de la red a los clientes finales. Son franquicias muy imitables por el bajo nivel de inversión y el *know how* ofrecido. Un ejemplo de este tipo de franquicias sería *Don Piso*.

### **7.1.3 FRANQUICIA COMERCIAL**

Este tipo de franquicia es la que comúnmente se denomina como franquicia típica y se da cuando el franquiciador otorga los derechos de marcas comerciales, nombres comerciales, procesos comerciales/productivos/gestión para que el franquiciado venda el producto a un precio determinado. El franquiciador, a través de su función de control, está muy involucrado en vigilar cómo se presta el servicio y cómo se gestiona el negocio. Este tipo de relación de franquicia implica pautas y expectativas del franquiciador que el franquiciado debe cumplir. También hay un contrato que las vincula a largo plazo. Los productos que vende el franquiciado se los suministra el franquiciador o un proveedor homologado por él.

Lo mejor para los franquiciados es que los franquiciadores experimentados brindan apoyo, asesoramiento y capacitación continuos, lo cual es fundamental para el éxito de la franquicia.

Es el tipo de franquicia más conocido y el más elegido por los franquiciados. Algunas de las marcas más importantes que utilizan este tipo de franquicias son *McDonald's*, *Dunkin Donuts*, *Starbucks* y *KFC*, pudiéndose determinar qué tan cerca trabajan franquiciador y franquiciado de estas grandes marcas, a través de la homogeneidad del producto y del servicio que encontraremos en todos los establecimientos de la red. Un ejemplo paradigmático lo tenemos con la hamburguesa *Big Mac*, la cual, si es comprada en Londres, obtendremos la misma calidad y características que la que habitualmente consumimos en Barcelona. Algunas de las industrias más populares para las franquicias de formato comercial son los restaurantes de comida rápida, las tiendas de ropa y los gimnasios.

## **7.2 POR EL NÚMERO DE FRANQUICIAS DEL FRANQUICIADO**

Si con independencia del tipo de actividad o estructura de la franquicia, si tomamos en consideración el número de franquicias de cada franquiciado y el territorio de exclusividad tenemos la siguiente clasificación<sup>122</sup>:

### **7.2.1 MONO FRANQUICIAS**

En este sistema el franquiciador concede a los franquiciados una sola unidad de franquicia, garantizándoles el derecho a abrir su establecimiento franquiciado utilizando la marca o el nombre comercial para una localización concreta, garantizándoles una exclusividad territorial, suministrándoles asistencia y formación, y ejerciendo un cierto grado de control sobre su actividad. Es un tipo de franquicia que se utiliza habitualmente en para el desarrollo del mercado nacional local, siendo de más compleja implementación

---

<sup>122</sup> GAMET-POL, F. J. (1997). *Franchise Agreements...* » *op. Cit.* Págs. 6 y 7. El autor considera esta clasificación de gran utilidad para la expansión internacional de los franquiciadores, ya que les ofrece opciones más eficientes de modelos de franquicia, que les permite una mejor adaptación a aquellos mercados geográfica y culturalmente alejados del país origen del franquiciador.

en mercados internacionales, especialmente los más alejados desde un punto de vista geográfico y cultural del franquiciador, dada la dificultad de control y seguimiento de dichas franquicias, por las diferencias existentes en la legislación laboral y fiscal, autorizaciones y permisos, precios de los inmuebles, hábitos de consumo, etc.

### **7.2.2 MULTI FRANQUICIAS**

Bajo el sistema de multi franquicias el franquiciador garantiza al franquiciado el derecho a abrir más de una franquicia en un mercado determinado. Con frecuencia, el contrato contiene un “programa de desarrollo”, a través del cual dicho franquiciado se compromete a la apertura de un número de establecimientos durante un período de tiempo determinado y a un cierto ritmo. Este sistema puede ser utilizado tanto para el desarrollo del mercado doméstico o local y para mercados internacionales, por su potencial flexibilidad y adaptabilidad a las características de cada país.

### **7.2.3 MÁSTER FRANQUICIAS**

#### **A- CONSIDERACIONES GENERALES**

El contrato de máster franquicia es relativamente moderno, dado que es utilizado por primera vez a mediados del s. XX. Tiene su origen en la madurez del sistema de franquicias en algunos mercados, pero fundamentalmente surge debido a la voluntad de internacionalización de algunas enseñas franquiciadoras. Fue el sector del automóvil el primero en utilizarlo, dado que, a través de la utilización de sus signos distintivos, le permitía el control de sus productos prácticamente igual que si se tratara de una distribución directa.

MAYORGA TOLEDANO<sup>123</sup> en relación con este tipo de contrato manifiesta que “este tiene por objeto una autorización principal o licencia que el franquiciador concede al

---

<sup>123</sup> MAYORGA TOLEDANO, M. C. “*El contrato mercantil de franquicia. 2ª Edición.* Comares. Pág. 109. En este sentido, también Ruíz Peris, J. I. “*Los tratos preliminares... (...)*”. Op. Cit. Pág. 162.



franquiciado principal para que este pueda autorizar temporalmente a terceros para reproducir el método de empresa creado por el franquiciador”.

En EEUU en los años sesenta del siglo pasado el éxito del formato de distribución comercial mediante un “modelo de negocio franquiciable” fue tal que muchas empresas decidieron iniciar su internacionalización, dado que la situación económica en determinados países era idónea para la expansión de este modelo de distribución comercial, utilizando para ello el modelo del contrato de máster franquicia.

En este sentido, ZIETLOW<sup>124</sup> lo ve como un vehículo dinamizador de los mercados, afirmando que “al mismo tiempo, el recurso a los contratos de franquicia, que el contrato de máster conlleva ha sido un medio válido de reconstrucción y regeneración del tejido industrial, comercial y de servicios en la mayoría de los países. La aparición de redes extranjeras, directamente o vía máster franquicia, que habían incorporado métodos de trabajo más modernos, basados en la mercadotecnia y la gestión, y la acumulación de control que el sistema produce en manos del franquiciador, provocó la introducción en los mercados de métodos y formas de aproximación a la clientela más eficientes. Ello, sin duda, incidió directamente en la competitividad de los diferentes mercados”.

ALON<sup>125</sup> considera el efecto globalización de las empresas y los mercados al afirmar que “al mismo tiempo, el proceso de internacionalización de las redes de franquicia se vio favorecido por los diversos procesos de globalización económica y de la aparición de mercados regionales integrados, que crearon un clima que propiciaba su expansión a otros mercados”.

En términos etimológicos, la palabra “*franchise*” o “*franchising*” ha encontrado su traducción al castellano con la palabra franquicia, lo cual no ocurre en el caso de la de “*máster*”, que a día de hoy no encuentra su análoga en castellano. Y cuando hablamos de

---

<sup>124</sup> ZIETLOW, D. S. (1995). Wholesaler in International Franchising. *IBR*. Núm. 52, Pág. 13-14.

<sup>125</sup> ALON, I. (1998). *A conceptual model of the internationalization of the United States franchising systems. Business Research Yearbook: Global Business perspectives*. Biberman/Alkhafaji. Págs. 350 y ss.

sub franquicia, debemos hacer hincapié que en ningún caso nos referimos a un subcontrato de franquicia, sino que se trata de un contrato derivado y dependiente del contrato principal entre el franquiciador y el máster franquiciado.

Y dado que el franquiciador va a iniciar su expansión en un mercado internacional lejano, desconocido y con grandes riesgos para él le es muy conveniente el conceder una máster franquicia a un máster franquiciado local, conocedor del país y por tanto de la legislación aplicable, del mercado, de los hábitos de consumo, del sector inmobiliario y de las empresas de soporte como consultoras, proveedores, constructoras, etc., en el cual se va a llevar a cabo la expansión de la red a través de locales propios del máster franquiciado y/o de sub franquicias. En este sentido, también lo aprecia HERNÁNDO GIMENEZ<sup>126</sup>, quien concreta que “La elección correcta del máster reviste para el franquiciador una importancia fundamental, desde el momento en que el éxito o el fracaso de la red de carácter internacional en el país de nueva implantación depende en gran parte de tal sujeto, el cual ha de ser conocedor de los usos comerciales o de mercado más corrientes, de las reglas administrativas, las normas civiles, mercantiles y fiscales, etc.”.

La Ley de la franquicia italiana, la *Legge 129/2004*, “*Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale*”<sup>127</sup>, contempla esta modalidad de franquicia, ofreciendo una definición y estableciendo que, durante la fase precontractual y después de esta, el máster franquiciado está obligado a un actuar con relación a los sub franquiciados conforme al principio de buena fe, honradez en los tratos y lealtad (art. 6). Además, la norma italiana, a diferencia de la española, exige que el máster franquiciado sea “legal y económicamente independiente” del franquiciador, requisito que nuestro ordenamiento

---

<sup>126</sup> HERNANDO GIMÉNEZ, A. (2000). *El contrato de franquicia de empresa*. Madrid: Cívitas. Pág. 155.

<sup>127</sup> Entre los ordenamientos jurídicos que han definido el contrato de máster franquicia también tenemos al italiano en su art. 2 de la Ley 129/2004 «*Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale*»: “Las disposiciones relativas al contrato de franquicia comercial, tal como se definen en el art.1, también se aplican al contrato de máster franquicia comercial, con el que una empresa otorga a la otra, legal y económicamente independiente del primero, el derecho a explotar una franquicia comercial para celebrar acuerdos de franquicia comercial con terceros, así como al contrato con el que el franquiciado, en un área de su disponibilidad, establece un espacio dedicado exclusivamente a llevar a cabo la actividad comercial, a que se refiere el apartado 1 del art.1”.

no exige, lo que implica que según la Ley italiana se descarta a estos efectos que el máster franquiciado sea una filial del franquiciador o se haya creado un *joint venture* entre ambas partes del contrato. Aunque este segundo supuesto entraría en zona de dudas, en el caso de que las participaciones fueran manifiestamente desequilibradas en favor del máster franquiciado, como sería el caso de una participación minoritaria del franquiciador en la máster franquicia y sin una minoría reforzada en los estatutos societarios.

## B- FUNCIÓN ECONÓMICA

Su función estrictamente económica consiste en que es un vehículo idóneo para la introducción de la enseña de un franquiciador en un mercado internacional importante por su tamaño y lejano en todos los sentidos, en el cual no podría acceder directamente sin correr importantes riesgos<sup>128</sup>.

A través del contrato de máster franquicia, el franquiciador concederá una exclusividad territorial de un gran territorio, una región o un país, a un máster franquiciado, con suficiente capacidad económica y de gestión, otorgándole el derecho a desarrollar dicho mercado a través de locales propios y/o a través de la concesión de franquicias a sub franquiciados.

A través de la máster franquicia, el franquiciador consigue expandir su red, con menores riesgos y con una importante reducción de sus costes en comparación con lo que le supondría una expansión a través de una red de establecimientos propios o de múltiples franquiciados. En este sentido, se expresa la “*Guide to International Master Franchise Arrangements*. Roma: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)”<sup>129</sup>, al manifestar que “*Está en la esencia del contrato de máster que la mayor parte de la inversión deba ser realizada por el máster. Ahora bien, ello no significa que el franquiciador no deba incurrir también en una importante inversión económica.*”

---

<sup>128</sup> UNIDROIT. (2007). *Guide to International Master Franchise Arrangements*. Roma: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Pág. 1. “El contrato de máster franquicia es, en efecto, el principal instrumento jurídico para internacionalizar una red de franquicias”.

<sup>129</sup> UNIDROIT. (2007). « *Guide to International Master Franchise Arrangements...* ». Op. Cit. Págs. 17-18.

*En este sentido, el franquiciador, deberá proporcionar al máster la formación necesaria, deberá tener en funcionamiento una estructura eficiente para el servicio y la asistencia a la máster y los franquiciados, deberá contratar personal adecuado para apoyarlos in situ, y deberá afrontar los gastos derivados del registro de los derechos de la propiedad industrial”.*

Por otro lado, el franquiciador cede un parte de su función del control sobre la franquicia al máster franquiciado, sobre el total de la red de franquicias de dicho mercado, por el hecho de que este último lo deberá ejercer sobre los sub franquiciados, el cual ingresará una parte de los *royalties* recibidos de dichos sub franquiciados.

El máster franquiciado deberá reunir mayores requisitos que un simple franquiciado, tanto en el ámbito económico como en su capacidad de gestión, por el hecho de que deberá invertir el capital necesario para poder disponer de una organización capaz de la puesta en marcha, venta, control y gestión de una red de sub franquicias, por el hecho de haber obtenido del franquiciador un contrato de máster franquicia, para el desarrollo de un gran mercado.

Aunque es un tipo de contrato que teóricamente puede encajar en cualquier sector de la actividad económica, en la práctica actual se viene utilizando con mucha frecuencia en la franquicia comercial de distribución de productos y de servicios, pero no en cambio en la industrial, como forma de ordenar su expansión internacional.

### **C- EL PROGRAMA DE APERTURAS**

Mediante el contrato de máster franquicia el franquiciador concede al máster franquiciado una protección, en forma de exclusividad territorial sobre un gran mercado internacional, con las ventajas ya expuestas que como hemos visto son relevantes.

No obstante, el franquiciador también asume el riesgo de cometer un error en la selección del máster franquiciado al igual que en el proceso de venta o concesión de una franquicia a un simple franquiciado, pero siendo en este caso las consecuencias negativas mucho más importantes porque en el mejor de los casos habrá comprometido el desarrollo

esperado en dicho mercado y, en el peor, un deterioro en la imagen de su marca, que puede frenar durante años su desarrollo.

Para asegurar un volumen de expansión mínimo por parte del máster franquiciado es habitual la inclusión de una cláusula contractual o una *side letter* con un programa de aperturas de obligado cumplimiento por parte de este, dado, que a través del pacto de exclusividad territorial el franquiciador va a cerrar dicho mercado a otros potenciales franquiciados, durante un período largo de tiempo y bajo la expectativa de unas aperturas futuras por parte del máster franquiciado.

En la práctica, el incumplimiento de lo acordado en el programa de aperturas conllevará, como mínimo, la pérdida de la exclusividad territorial para el máster franquiciado.

#### **D- EL CONTRATO**

En nuestro ordenamiento jurídico, el RD 201/2010 que desarrolla el art. 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, define y en su art. 2.2. una máster franquicia o franquicia maestra tal como la denomina, en los siguientes términos: “*Se entenderá por acuerdo de franquicia principal o franquicia maestra aquel por el cual una empresa, el franquiciador, le otorga a la otra, el franquiciado principal, en contraprestación de una compensación financiera directa, indirecta o ambas el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados, conforme al sistema definido por el franquiciador, asumiendo el franquiciado principal el papel de franquiciador en un mercado determinado*”.

El contrato de máster franquicia es un contrato bilateral y de carácter complejo, en el que las partes son el franquiciador y el máster franquiciado, erigiéndose en un contrato marco respecto de los derechos y obligaciones de franquiciador y del máster franquiciado. Los contratos de franquicia que concluirá el máster franquiciado con los sub franquiciados, serán también bilaterales, regulando los derechos y obligaciones del máster franquiciado en su doble posición, es decir, como máster franquiciado en relación con el franquiciador y como franquiciador en relación con los sub franquiciados, constituyendo un entramado triangular en el que todas las partes son jurídicamente independientes, con un objetivo

común que consiste en la explotación del modelo de empresa del franquiciador en el territorio de la máster franquicia, la cual proporcionará de forma distinta ingresos para las tres partes. En definitiva, a través de la máster franquicia, el franquiciador cede al máster franquiciado el uso de la máster franquicia para un determinado territorio sin tener que asumir los costes y riesgos de una explotación directa, el máster franquiciado pasa a ser el titular del modelo de negocio del franquiciador dentro del territorio de la máster franquicia y el sub franquiciado va a ser el que explotará el modelo de negocio dentro del territorio que acuerden con el máster franquiciado.

La « *Guide to International Master Franchise Arrangements*. Roma: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) »<sup>130</sup> describe el rol del master franquiciado manifestando que “*Para el franquiciador y los sub franquiciados de la red de franquicias, el máster franquiciado es el franquiciador efectivo para para el sistema en el país anfitrión. El máster franquiciado, tiene responsabilidades tanto hacia el franquiciador como hacia los sub franquiciados. Para el franquiciador el máster franquiciado, es su “presencia” en el país anfitrión, esperando que lo dirija como lo haría el mismo. Por su parte los sub franquiciados esperaran que el máster franquiciado actúe como un franquiciador responsable*”.

El funcionamiento de este entramado triangular se regulará mediante dos contratos, el de máster franquicia y el de franquicia, independientes el uno del otro, pero necesariamente relacionados, ya que comparten un mismo objeto que es el modelo de empresa del franquiciador, un mismo elemento subjetivo que es el máster franquiciado y una causa diferente. Manifestando en este sentido LÓPEZ FRÍAS<sup>131</sup> que “habrá conexión contractual cuando, celebrados varios convenios, deberá entenderse que no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinen, o bien porque entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación jurídico-económica que a través de ellos quiere articularse”.

---

<sup>130</sup> UNIDROIT. (2007). «*Guide to International Master Franchise Arrangements...* ». Op. Cit. Pág. 77

<sup>131</sup> LOPEZ FRIAS, A. (1994). *Los contratos conexos*. Barcelona: J. M. Bosch. Pág. 282.

Los dos contratos son autónomos ya que tienen su propio consentimiento, objeto y causa, destacando el carácter bilateral de dichos acuerdos. En relación con la bilateralidad de dichos contratos, MARTÍ MIRAVALLS<sup>132</sup> declara que “el hecho de que el franquiciador, sea quien redacte y proporcione el contrato de franquicia que firmarán máster franquiciado y sub franquiciado, no hace perder esta condición de bilateralidad, como tampoco lo hace el que el sub franquiciado en la ejecución de sus obligaciones, deberá respetar lo impuesto por el franquiciador al máster franquiciado en el contrato de máster franquicia, incluido el pago de *royalties*”.

El objeto del contrato de máster franquicia no puede ser otro que la cesión del modelo de negocio del franquiciador al máster franquiciado, por un tiempo determinado, con la finalidad de que se puedan concluir contratos de franquicia con los sub franquiciados, transmitiendo el *know how* de la franquicia y el derecho de uso de la marca y otros DPI, habilitando al master para que pueda actuar como franquiciador frente a los sub franquiciados, trasmitiéndoles el derecho de uso de la marca y otros DPI, el *know how* de la franquicia y prestándoles asistencia técnica y formación a sus empleados, actuando por otra parte de acuerdo con su función de control sobre estos. En este sentido, para que el máster franquiciado pueda actuar como se espera frente a sus sub franquiciados, el franquiciador deberá formarle y darle la asistencia que precise.

La causa de este contrato se encamina a la perfección de otros contratos de franquicia en el territorio del máster franquiciado, entre este y los sub franquiciados, por lo que, como se puede observar, se produce una alteración del elemento personal, ya que la posición que usualmente ocupa el franquiciador en un contrato de franquicia, en este caso es ocupada por el máster franquiciado, dándose en un mercado distintito del originario o de procedencia del franquiciador.

Así pues, el máster franquiciado ostenta el derecho de uso del modelo de negocio titularidad del franquiciador dentro del territorio delimitado contractualmente, dotándose de la organización necesaria, ocupando la posición jurídica del franquiciador y obligándose a conceder franquicias a los posibles sub franquiciados, si cumplen con los requisitos explicitados por el franquiciador. También se obliga a cumplir con el programa

---

<sup>132</sup>MARTI MIRAVALLS, J. (2009). *El contrato de máster franquicia*. Pamplona: Aranzadi/Thomson Reuters. Pág. 80.

de aperturas al que se ha comprometido y a modificar el modelo de empresa si así lo ha acordado con el franquiciador, para adaptarlo a las características del mercado de la máster franquicia. Deberá asimismo pagar al franquiciador un canon de entrada por la máster franquicia y una parte de los cánones de entrada y de los *royalties* mensuales que ingrese de los sub franquiciados.

## **E- VALORACIÓN DE LAS MÁSTER FRANQUICIAS**

No cabe duda de que la máster franquicia es una muy buena opción para la expansión internacional de una enseña franquiciadora en un gran mercado, por los motivos expuestos, si bien hay que resaltar el hecho que tanto las ventajas como los riesgos empresariales son mayores que los que se dan en una franquicia normal de un solo franquiciado con una sola unidad franquiciada, por el hecho de que es la mejor opción para entrar en mercados con culturas muy diferentes, que pueden hacer fracasar un modelo que es de éxito en su país de origen. Así lo manifiesta en su obra HERNANDO GIMÉNEZ<sup>133</sup> al manifestar que “La implantación de las redes más allá de las fronteras nacionales mediante infraestructuras desarrolladas en el extranjero conllevaba unos costes muy elevados. A ello, se unía la incertidumbre, desde la perspectiva de los riesgos, de la viabilidad del producto en el nuevo mercado. En cambio, recurrir a la figura del máster, que conocía las costumbres del mercado y poseía conocimientos del mismo como para valorar la viabilidad del producto, suponía reducir de una sola vez, una parte importante de los riesgos y costes de la operación para el franquiciador”.

En este sentido, tenemos que poner de manifiesto que puede resultar aconsejable la participación minoritaria del franquiciador en la sociedad del máster franquiciado en aras de tratar de minimizar los riesgos que un contrato de máster franquicias conlleva para el franquiciador. Su participación en los Consejos de Administración, su implicación en el capital societario con el riesgo que ello supone, conlleva normalmente una mayor

---

<sup>133</sup> HERNANDO GIMÉNEZ, A. (2000). *El contrato de franquicia de empresa*. Madrid. Civitas. Pág. 154.



aportación en la capacidad de gestión de la multi franquicia, que redundará en beneficio de ambas partes.

### **7.3 FRANQUICIAS PARTICIPADAS**

Mediante las *joint ventures* el franquiciador entra en el capital del franquiciado o del máster franquiciado, normalmente en un proceso de expansión internacional. El franquiciador suele adquirir una participación minoritaria, pactando en los estatutos cláusulas de minoría reforzada. Este tipo de acuerdos, se dan principalmente en casos de multi franquicias, pero especialmente en máster franquicias, dado el elevado riesgo inherente al desarrollo de tipo de franquicia, ya que se trata de mercados muy grandes o incluso de países enteros. Para el franquiciado constituye una garantía que el franquiciador entre con capital propio en la sociedad franquiciada, como muestra de que está dispuesto a participar con él, así como del riesgo del negocio, pudiendo además disfrutar de su experiencia y consejos de los consejeros del franquiciador que participaran en el Consejo de Administración de la sociedad titular de la franquicia/s.

La participación en el proyecto de la máster franquicia conlleva la aportación de un capital por parte del franquiciador y una mayor implicación en los planteamientos estratégicos de la máster franquicia, así como un mejor control sobre esta.

## **8. NATURALEZA JURÍDICA**

Aunque la doctrina asimila el contrato de franquicia como modalidad de contrato de distribución por las similitudes existentes entre las dos figuras jurídicas, conviene precisar que el objeto es diferente. Nótese que el franquiciado adquiere el derecho a utilizar el modelo de empresa del franquiciador, lo que no ocurre con el concesionario.

En este sentido, SANCHEZ CALERO Y SANCHEZ CALERO<sup>134</sup>, consideran el contrato de franquicia, como “una figura escindida del contrato de concesión y que como este responde a la finalidad de facilitar de modo estable la distribución de bienes o servicios mediante la organización de una red que cubra de forma más o menos amplia el mercado”.

A nuestro juicio, tampoco procede asimilar el contrato de franquicia al de licencia de marca, en tanto que el primero engloba un buen número de prestaciones que van más allá de una mera licencia de marca. En este sentido, el art. 2.4 RD 201/2010 descarta de forma clara esta opción al declarar que “*tampoco tendrán la consideración de franquicia ninguna de las siguientes relaciones jurídicas: a) La concesión de una licencia de fabricación. b) La cesión de una marca registrada para utilizarla en una determinada zona. c) La transferencia de tecnología*”.

En definitiva, el contrato de franquicia y el contrato de licencia marca se distinguen básicamente por su objeto, consistiendo el primero en el modelo de negocio de una empresa y el segundo es la marca como bien inmaterial. TORRUBIA CHALMETA<sup>135</sup> destaca “la existencia de una polémica doctrinal en relación con la afinidad del contrato de franquicia con el contrato de marca, dado que algunos autores consideran la marca como el elemento esencial de la franquicia y otros plantean que se trata de dos contratos autónomos”.

Para ALONSO SOTO<sup>136</sup> el contrato de franquicia es una modalidad del de distribución comercial. Lo define en los siguientes términos: “Son contratos mercantiles, de colaboración, atípicos, de duración continuada, y habitualmente de adhesión, que conllevan la mayor parte de las veces una cesión de derechos sobre bienes inmateriales, celebración entre empresarios independientes, generalmente un fabricante y varios comerciantes, para la implantación de una red de venta o distribución de los productos o

---

<sup>134</sup> SANCHEZ CALERO F., SANCHEZ CLAERO, J.. (2019). *Principios de Derecho Mercantil*. Pamplona: Thomson Reuters. Pág. 166.

<sup>135</sup> TORRUBIA CHALMETA, B. (2010). “*El contrato de franquicia*”. Op. Cit.. pp. 397-335.

<sup>136</sup> ALONSO SOTO, R. (2001). Editorial Cívitas. *Los contratos de distribución comercial*. Curso de Derecho Mercantil (Uría/Menédez). Tomo II. Pág. 181.

servicios de aquel. En estos contratos, el distribuidor actúa por cuenta propia y, por lo tanto, asume el riesgo empresarial de las operaciones en que interviene”.

Sobre el tratamiento de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia se ha pronunciado la STS, Sala de lo Civil, nº0/1996, de 27 de septiembre<sup>137</sup>, remitiéndose a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, -de 28 de enero de 1.986, *Caso Pronuptia*, según la cual, los datos que definen su naturaleza jurídica, y su diferencia con los contratos de suministro o de distribución de mercancías son los que vimos en el apartado correspondiente.

El fin perseguido en este tipo de contratos es la distribución de productos del franquiciador al cliente final a través del franquiciado, estableciendo un vínculo de colaboración entre ambos. Vínculo que viene reforzado por el contacto continuado a derivado de la asistencia técnica y la formación de los empleados, además del control ejercido por el franquiciador para el seguimiento de la actividad del franquiciado, en su vertiente técnica y comercial para el aseguramiento del cumplimiento de los estándares de calidad de la franquicia. El contrato de franquicia es, por tanto, un contrato:

- a- De colaboración entre empresarios independientes, en este caso entre franquiciador y franquiciado, al igual que los contratos de agencia, comisión o distribución. Tiene como finalidad alcanzar unos resultados u objetivos a través de la colaboración mutua durante un periodo de tiempo determinado.
- b- Atípico, pues carece de una regulación legal específica. Por tanto, se rige por la voluntad de las partes, reflejada en su clausulado y presidida por los principios de la buena fe y mutua confianza, que deberán ser aplicados en caso de lagunas en su contenido. En otras palabras, está basado en una manifestación de voluntades que pretenden el surgimiento de un efecto jurídico normalmente de carácter patrimonial, con la intención de comprometerse a su cumplimiento con fuerza vinculante para las partes. En este sentido, conviene recordar que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley (art. 1091 del CC).

---

<sup>137</sup> STS, Sala de lo Civil, nº 0/1996, de 27 de septiembre (ROJ: STS 5101/1996; Id. Cendoj: 28079110011996101791); Recurso: 3545/1992; Ponente: Ignacio Sier Gil de la Cuesta; Fundamento de Derecho Primero.

- c- Nominado, porque está previsto en el ordenamiento jurídico, a través de la LOCM.
- d- Complejo, porque contiene elementos del contrato de compraventa, distribución exclusiva, arrendamiento de cosas, obras o servicios, de licencia de marca, licencia de *know how*, aprovisionamiento, prestaciones, compra exclusiva, entre otros.
- e- Mercantil, porque regula relaciones entre empresarios. El Tribunal Supremo lo remite en algunos casos al contrato de compraventa mercantil. Al respecto, matiza, BROSETA PONT Y MARTÍNEZ SANZ<sup>138</sup> que “podría decirse sintéticamente que para el legislador español el Derecho mercantil es el ordenamiento destinado a regular los actos objetivos de comercio”.
- f- Consensual, porque se perfecciona con el acuerdo de las partes, expresado a través de la prestación de su consentimiento, derivándose una serie de obligaciones para las partes; sin perjuicio de que se pueda exigir su formalización por escrito.
- g- Bilateral o sinalagmático, porque de él nacen obligaciones recíprocas para ambas partes. Entre otras, el franquiciador debe ceder el uso de la marca y otros DPI, el *know how* y el franquiciado tendrá la obligación de confidencialidad respecto de la información recibida y la obligación de pago de unas cantidades por lo recibido del franquiciador.
- h- Oneroso, porque cada parte procura para sí una ventaja económica. El franquiciador cobrará unos cánones y unos *royalties* del franquiciado y este último persigue obtener un beneficio económico por la utilización del modelo de empresa del franquiciador.
- i- Entre partes desiguales porque el franquiciador suele ostentar una posición dominante, que se refleja normalmente en la predisposición del contrato. En muchos casos, estamos ante contratos de adhesión.
- j- *Intuitu personae*, en tanto que está basado en la confianza mutua entre las partes. En este tipo de contratos la decisión de contratar se toma no en base a derecho o

---

<sup>138</sup> BROSETA PONT, M. MARTÍNEZ SANZ F. (2020). *Manual e Derecho Mercantil*. Op. Cit. Tecnos. Pág. 53.

razón, sino a las características personales o profesionales de la contraparte, que en muchos casos van a ser determinantes para el éxito de la franquicia.

- k- De tracto sucesivo en contraposición con el de tracto único, porque las prestaciones no se agotan en un solo acto, sino que tienen carácter periódico. La STS, Sala de lo Civil, nº161/2012, de 21 de marzo<sup>139</sup> lo define como *“aquel por el que un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente de forma más o menos permanente en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable, dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato .*

En conclusión, se trata de un contrato mercantil atípico, pero nominado o con tipicidad social, de naturaleza colaborativa y complejo, con causa única o mixta formada por elementos procedentes de otros contratos típicos como el de compraventa, arrendamiento y mandato, que inciden respectivamente en distintos momentos de su conclusión y desarrollo, de forma que sus particulares normas son susceptibles de aplicarse para resolver las controversias que se produzcan en la perfección, consumación y extinción del contrato de franquicia.

---

<sup>139</sup> STS, Sala de lo Civil, nº161/2012, de 21 de marzo (ROJ: STS 4176/2012; Id. Cendoj: 28079110012012100359); Recurso: 473/2009; Ponente: Rafael Gimeno Bayón Cobos; Fundamento de derecho Cuarto.

## **CAPITULO III: CONSIDERACIONES INICIALES DE LA FASE PRECONTRACTUAL**

### **1. OBJETIVOS DE LAS PARTES**

Los objetivos perseguidos por las partes tienen una relación directa con ventajas que les ofrece el régimen de franquicias como sistema de comercialización, por un lado, y, por otro, el evitar o minimizar los inconvenientes y riesgos inherentes al mismo.

Al margen de las ventajas que el sistema de franquicias aporta al franquiciador, durante la fase precontractual ha de aspirar a conseguir un franquiciado empresario o potencial empresario que aporte una buena capacidad de gestión, una solvencia económica y financiera, una capacidad y voluntad de aprendizaje, así como un rigor y eficacia a la hora de cumplir con las directrices de manejo de la franquicia y con todas las obligaciones que se deriven del contrato de franquicia. En definitiva, su principal cometido debe ser realizar un buen proceso de selección entre los potenciales franquiciados para un mercado determinado. Eligiendo un buen franquiciado captará prácticamente todas las ventajas de la franquicia, mientras que, con uno mediocre lo que captará mayormente serán los inconvenientes o riesgos.

Por otro lado, téngase en cuenta que el franquiciador tiene que cumplir con unos requisitos para poder ofrecer franquicias a futuros franquiciados, que en nuestro ordenamiento jurídico son mínimos, pero que podemos encontrar interesantes aportaciones en el derecho comparado de EEUU y de Italia.

El primer objetivo del franquiciado tiene que ser conseguir adherirse a una cadena de prestigio, rentable y consolidada que le permita reducir el riesgo de implantación y desarrollo de un negocio propio. Por tanto, en la fase precontractual, la elección de una adecuada franquicia y la exclusión de aquellas opciones fraudulentas o poco atractivas va a ser esencial para la consecución de este objetivo. Para el franquiciado, la franquicia va

a ser, en algunos casos, un modo de autoempleo y, en otros, una forma de invertir en un proyecto empresarial del que no dispone de *know how*.

Otras veces será una opción para aquel propietario que dispone de un local comercial con una situación privilegiada, para obtener una mayor rentabilidad que la que obtendría si lo ofreciera en régimen de alquiler, siempre que su ubicación y sus características se adapten a los requerimientos del tipo de franquicia al que se aspira. En este sentido, BURGOS PAVÓN y FERNANDEZ IGLESIAS<sup>140</sup> ponen acertadamente de manifiesto “el riesgo que supone para aquel potencial franquiciado, el decidirse por adquirir una franquicia por el hecho de disponer de un local propio, dejando en un lugar secundario, la adecuación del modelo de negocio a franquiciar al mercado donde se encuentra dicho local”.

El franquiciado tiene como principal reto para poder captar la mayor parte de ventajas y el mínimo de inconvenientes encontrar al mejor franquiciador, dentro del mejor sector, en el mercado adecuado y conseguir un buen local comercial para ubicar su modelo de negocio. Por su parte, el franquiciador tiene como principal reto encontrar un buen franquiciado que gestione bien su franquicia.

## **2. VENTAJAS PARA LAS PARTES**

Resulta evidente que de la ponderación de las ventajas e inconvenientes que cada una de las partes haga sobre la franquicia dependerá de si se decide a contratar o no, optando por esta modalidad de distribución comercial.

Es relevante destacar que el éxito del sistema de franquicias para el franquiciador dependerá en gran manera del éxito individual de cada uno de los franquiciados de la red, sea por su calidad como gestores, la situación del local, la potencia de la marca y las fortalezas de su modelo de negocio. De la misma manera que el éxito de los franquiciados de la red dependerá también en buena medida, de la calidad del sistema de gestión y

---

<sup>140</sup> BURGOS PAVÓN, G., Y FERNÁNDEZ IGLESIAS, M. S. (2010). “La franquicia. Tratado...”. Op. Cit. pág. 50.

solvencia del franquiciador, de los cambios de titularidad de la sociedad franquiciadora, de la potencia de la marca y de la fortaleza del modelo de negocio del franquiciador.

De todo ello se deduce que, en un sistema de franquicias, el franquiciador podrá potenciar al franquiciado y a su vez el franquiciado al franquiciador; pero también puede ser todo lo contrario<sup>141</sup>, en el supuesto de una dinámica negativa.

Es indudable que, si el franquiciador solo valorara las ventajas que la franquicia le supone, este no tendría ninguna duda a la hora de decidirse por un modelo de crecimiento a través de una red de franquicias, pero lo que sucede es que también hay inconvenientes que debe conocer, valorar y ponderar.

## **2.1 VENTAJAS PARA EL FRANQUICIADOR**

Para que un empresario pueda valorar la forma de expansión de su negocio de distribución comercial, es decir, si lo va a hacer a través de establecimientos propios o de establecimientos franquiciados, o una mezcla de ambos, debe poner en consideración las ventajas que le va a suponer hacerlo a través de un sistema de franquicias, las cuales podemos agrupar en tres categorías: comerciales, financieras y de gestión.

A- **COMERCIALES:** para los franquiciadores la franquicia acelera el crecimiento de la empresa, ya que serán los franquiciados los que asumirán la totalidad de la inversión de los diferentes puntos de venta y la gestión empresarial de estos. Debe ser consciente que si quiere evitar conflictos en el futuro debe modular el ritmo de la velocidad de expansión de su modelo de negocio en la medida en que pueda asumirlo de forma responsable, ya que deberá hacerlo de tal manera que pueda cumplir siempre con los

---

<sup>141</sup> ABELL, M. (2013). “*The regulation of franchising...* “. Op. Cit. Pág. 34. El autor que coincide con esta valoración, comenta además que según la *British Federation Association* los franquiciados se deciden por franquiciar porque en Gran Bretaña dentro de un mismo sector de distribución comercial el 95 % de los franquiciados tienen beneficios después de 5 años de la compra de la franquicia, mientras que en el caso de firmas independientes esta ratio es del 45 %.



compromisos adquiridos con los franquiciados, en relación con la prestación de asistencia técnica, la formación de los empleados, facilitar y actualizar los manuales operativos, diseñar y ejecutar acciones comerciales y de márketing, etc.

La franquicia le facilita el acceso a nuevos mercados, reduciéndose el riesgo de la expansión, dado el teórico mayor conocimiento de estos mercados por parte de los franquiciados locales. Si bien, deberá valorar dependiendo del tamaño del mercado, qué tipo de franquicia le resulta más conveniente - franquicia, multi franquicia o máster franquicia - y si le conviene participar o no en el capital social del franquiciado.

Podrá optimizar el control en la gestión operativa y comercial de los nuevos puntos de venta que serán abiertos por los franquiciados, por el contrario, en el supuesto de inversión directa por parte del franquiciador a través de establecimientos propios, realizada en mercados alejados y dispersos, se incrementan los costes de supervisión y se pierde eficiencia en el control de la gestión.

Tiene la posibilidad de realizar campañas de márketing, a través de promociones y publicidad, de mayor entidad y presupuesto, dado que la propia red de franquiciados financiará la mayor parte de la inversión, a través de los *royalties* mensuales para aportación al fondo de publicidad corporativa. Es importante realizar campañas eficientes de márketing y comunicación, puesto que, de no ser así el conjunto de los franquiciados podrá exigir la suspensión en el pago de los *royalties* que mensualmente están pagando para financiar las campañas de publicidad corporativas, dada la naturaleza sinalagmática del negocio jurídico (art. 1100 *in fine* CC).

Una mayor inversión en publicidad corporativa y una mayor velocidad de crecimiento de la cadena de establecimientos le permite potenciar la imagen y notoriedad de la marca, con una presencia física de establecimientos y marca de forma capilar en los diferentes mercados.

- B- FINANCIERAS: la inversión en expansión correrá, en su mayor parte, a cargo de los franquiciados, y como consecuencia, el franquiciador necesitará aportar una menor financiación a su empresa. No obstante, se deberá dotar a la empresa de una mayor estructura organizativa, con su correspondiente coste para poder comercializar la

venta/concesión de franquicias, controlar su gestión y dar servicio de asistencia técnica y formación a la red, así como gestionar la empresa franquiciadora.

El ROI (*Return On Investment*) de la empresa franquiciadora va a mejorar, como consecuencia del incremento de los ingresos vía cánones y *royalties* y, por otra parte, por una menor utilización de los recursos invertidos propios.

Va a percibir unos ingresos del franquiciado que consistirán en un ingreso único, en concepto de canon de entrada en el momento de la firma del contrato, así como unos ingresos mensuales recurrentes en concepto de *royalties* sobre las ventas en contraprestación por la cesión de marca, del modelo de negocio, de una formación y asistencia técnica periódica, etc. además de un *royalty* mensual como contribución a la publicidad corporativa de la marca.

El franquiciado logrará una mejor dilución de los gastos fijos de su empresa derivado del mayor volumen económico de la empresa que va a conseguir con la expansión acelerada que le proporcionará el sistema de franquicias.

Y finalmente, obtendrá economías de escala en los costes de aprovisionamiento de los materiales, dado el mayor volumen de compras que se va a producir por el mayor número de establecimientos de la red.

DE GESTIÓN: El franquiciador va a tener una mayor eficiencia en la gestión de los diferentes establecimientos de la red de franquicias, dado que la gestión de estos correrá a cargo de los franquiciados, los cuales asumen la inversión y el riesgo del negocio, por lo que es evidente el férreo interés en que la franquicia vaya bien. Todo lo cual se traduce en mayores ingresos para el franquiciado, pero también para el franquiciador vía *royalties*.

En este sentido, se manifiesta también MANZOOR<sup>142</sup>, introduciendo el elemento motivacional consistente en que si la franquicia la gestiona un franquiciado competente ello va a “justificar una mayor rentabilidad promedio de los

---

<sup>142</sup> MANZOOR, G. (2018). *Franchising. The key to rapid business growth*. UK: The Choir Press. Págs. 14-21.

establecimientos franquiciados sobre los del franquiciador, lo cual le va a reportar a este último unas mayores cantidades de royalties mensuales y una mejora del ROI de su empresa”.

Lo anteriormente señalado explica que existan franquiciadores como *McDonald's* que llegan a obligar a los franquiciados a asumir la función de gerentes del establecimiento, después de un período de formación en su sede de EEUU, por entender que con ello se genera una mayor intensidad e implicación en la gestión de la franquicia por parte de los franquiciados.

Finalmente, ALHUMOUDI<sup>143</sup>, hace una valoración de las ventajas que supone para el franquiciador “el hecho de transferir al franquiciado la responsabilidad por la elección del local y la de sustituir empleados a contratar por su parte por emprendedores motivados”.

## **2.2 VENTAJAS PARA EL FRANQUICIADO**

Una de las mayores ventajas que obtiene el franquiciado cuando se adhiere a una cadena de franquicias es la reducción de su riesgo empresarial, dado que con la franquicia está adquiriendo un modelo de negocio del franquiciador, suficientemente probado a través de múltiples establecimientos propios y de establecimientos de la red de franquiciados.

En relación con las ventajas del franquiciado al contratar, ALHUMOUDI<sup>144</sup> hace referencia a las consideraciones que este debe tener en cuenta a la hora de decidir si invierte o no en una franquicia, considerando las ventajas y los inconvenientes del negocio específico de la franquicia en sí y de los de cada enseña en particular, “destacando entre otras las ventajas operativas y las economías de escala, posibilidad de obtener una mayor cuota de mercado, una mayor fidelización de los clientes, tener un crecimiento más rápido

---

<sup>143</sup> ALHUMOUDI, Y. (2010). “Franchising agreement...”. *Op. Cit.* Pág. 21

<sup>144</sup> ALHUMOUDI, Y. (2010). “Franchising agreement...”. *Op. Cit.* Pág. 23

con menos coste, mayor impacto en los consumidores de la publicidad y la promoción y compartir el riesgo de la selección del local”.

Así pues, el franquiciado ante la opción de iniciar un negocio, tiene dos opciones:

- a- El emprender un negocio propio en el que va a tener que desarrollar su propio plan de negocio o modelo de empresa: marca, imagen corporativa, equipamientos, maquinaria, procesos, búsqueda de proveedores, diseño de campañas de márketing, programación y contratación de personal, selección del local, etc. Esta opción, le va a suponer un tiempo considerable, una inversión y el riesgo de fallar en el intento de conseguir su propio modelo de negocio de éxito, entre otras cosas porque su marca es desconocida y esta todo por hacer y probar.
- b- O bien adquirir un modelo de negocio probado y de éxito, adhiriéndose a una cadena de franquicias, mediante la firma de un contrato de franquicia, que le va a permitir utilizar dicho modelo junto con sus marcas y *know how*, recibiendo además una asistencia técnica y una formación continuada para sus empleados, a cambio de una contraprestación en forma de cánones y *royalties*. Esta opción le va a suponer hacerse cargo de la inversión necesaria para la implantación del establecimiento, al igual que si se tratara de un negocio propio, pero con una menor inversión inicial por el hecho de poder disponer de unos precios de diseño y construcción, de equipamiento del establecimiento y de la maquinaria más bajos, además de unas mayores posibilidades de facturación. Si bien, por otro lado, deberá asumir unos mayores costes recurrentes, en concepto de *royalties*.

Por tanto, las ventajas a las que puede aspirar a conseguir el franquiciado son:

- A- **COMERCIALES:** para el franquiciado, en muchos casos, la franquicia le va a permitir estar presente en el mercado que decida, donde va a operar con una marca y un modelo de negocio, compitiendo directamente con las más grandes y mejores del sector. El hecho de poder utilizar una marca y una imagen corporativa conocida y de prestigio le va a ofrecer la posibilidad de conseguir un mayor volumen de ingresos desde el primer día. Si bien, también tendrá relevancia en el volumen de

ventas a conseguir, la ubicación del establecimiento, la calidad de su gestión y la eficacia de las campañas de márketing y comunicación del franquiciador.

Se va a poder beneficiar de las acciones de márketing que realice el franquiciador (promoción, publicidad, esponsorización, relaciones públicas, etc.) que, aunque es cierto que las va a pagar en parte a través de los *royalties* mensuales, le supondrán un menor coste en términos generales, por cuanto el mayor volumen de contratación de tales acciones va a estar financiada por todos los franquiciados de la red.

En definitiva, al acceder al modelo de negocio implantado por el franquiciador, le permitirá poder centrarse más y mejor en la venta, en la gestión del personal y, en general, en el negocio.

B- FINANCIERAS: dispondrá de mayores posibilidades de obtener el apalancamiento financiero necesario para financiar parte de las inversiones y, probablemente, a un coste menor, si lo que se trata es de una franquicia de una marca importante y de prestigio en el mercado.

Se favorecerá de una mayor rentabilidad para su inversión si ha conseguido adherirse a una franquicia de éxito. Si bien es cierto que deberá pagar unos *royalties* mensuales, que serán mayores cuanto mejor posicionada esté la franquicia; aunque, por otro lado, la cifra de negocios será previsiblemente mayor y los costes de aprovisionamiento menores que si hubiera abierto un establecimiento propio.

En esta línea también, se reducirá el riesgo empresarial, dado que el modelo de negocio franquiciado está adecuadamente probado y supuestamente ya está generando unas cifras de negocio y unas rentabilidades que resultan acordes con lo que cabe esperar de un modelo de negocio de éxito.

A lo anterior, le podemos añadir el hecho de que la inversión de construcción y puesta en marcha del establecimiento, por su parte, será más baja, por ser el propio franquiciador, quien le va a facilitar los proveedores e industriales a precios más bajos que si los contratara directamente; y la razón es muy simple, el franquiciador gestiona un alto volumen de contratación; pudiéndose aprovechar también de las economías de escala en los aprovisionamientos de productos, lo que le supondrá la posibilidad de comprarlos a unos precios más bajos.

Y finalmente son especialmente remarcables las ventajas financieras que le va a suponer al franquiciado el hecho de adherirse a una franquicia, siendo la más importante la derivada de la necesidad de una menor inversión y el hecho de soportar unos costes operativos más bajos que si hubiera abierto un establecimiento propio. El hecho de adherirse a una red de franquicias y a una enseña le va a suponer el poder disfrutar de unos precios y costes más bajos como consecuencia de que el franquiciador le va a transferir una parte o todas las economías de escala que este va a disponer por el volumen de negocio que la franquicia va a generar tanto relacionado con suministro de producto, de equipos, de instalaciones, elementos de imagen y construcción de los establecimientos. Además de poder disponer de unas mejores facilidades bancarias para su apalancamiento financiero puesto que la pertenencia a una marca reconocida de franquicias va a formar parte del paquete de garantías de la entidad financiera<sup>145</sup>.

- C- TÉCNICAS: la asistencia técnica, la formación y la supervisión suministrados por el franquiciador de forma continuada por toda la duración del contrato son elementos esenciales para garantizar que se ejecutará el modelo de negocio en su integridad, con todo su potencial y ventajas.

La cesión del *know how* del modelo de negocio que va a franquiciar, contenido normalmente en unos manuales operativos y que el RD 201/2010 define como: “*conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular*”.

---

<sup>145</sup> ALHUMOUDI, Y. (2010). « Franchising agreement ». *Op. Cit.* Pág. 22.

Al igual que en el caso del franquiciador, las ventajas que puede tener en cuenta el franquiciado a la hora de decidir si instala un establecimiento propio o se adhiere a una red de franquicias, son muy relevantes, pero sin duda deberá ponderar con los inconvenientes que lleva aparejados.

### **3. RIESGOS PARA LAS PARTES**

#### **3.1 CONSIDERACIONES GENERALES**

La franquicia, por si misma, comporta una relación jurídica compleja entre las partes que, por su naturaleza, es el origen de conflictos entre ellas, muchos de los cuales acaban en los tribunales. Son, en definitiva, dos empresarios que se vinculan jurídicamente con el objetivo común de rentabilizar un modelo de negocio de éxito, si bien sus objetivos e intereses a veces no son coincidentes. La responsabilidad contractual se derivaría de la aplicación de los arts. 1089 CC, 1091 CC, 1001 CC, 1004 CC, 1105 CC y 1106 CC y la extracontractual del art. 1902 CC y 1258 CC.

Durante la fase precontractual y contractual las partes afrontan diferentes tipos de riesgos, lo que puede originar que, si se materializan y son debidos a la contraparte, la perjudicada busque una compensación por vía judicial, opción que no tendrá si el daño ha sido causado por su propia negligencia, como sería el caso de una falta de diligencia a la hora de obtener toda la información que precisa conocer.

Los riesgos a los que está expuesto el franquiciador son diferentes de aquellos a los que está expuesto el franquiciado, siendo el riesgo más relevante para ambas partes, el del fracaso de la franquicia, que implica su cierre y las consecuencias correspondientes para la marca y la imagen de la red.

Hemos de considerar como relevante que, las partes, antes de concluir un contrato de franquicia sean conscientes de los riesgos que corren, los evalúen adecuadamente y hagan todo lo que esté a su alcance para reducirlos al mínimo o eliminarlos si es posible. Entrar en una situación de conflicto judicial es una opción en la que, de una forma u otra y en menor o mayor proporción, ambos saldrán perdiendo, por el coste en tiempo y dinero que estas situaciones generan, además de la inseguridad que genera el hecho de que se este ante un contrato atípico faltado de regulación tanto en su fase contractual como precontractual.

### **3.2 RIESGOS DEL FRANQUICIADOR**

Podría pensarse que el franquiciador opta por el sistema de franquicia, porque entre otras ventajas, elude el riesgo empresarial en esta parte del negocio que va a franquiciar, pero dicho planteamiento está lejos de la realidad, ya que son diversos, y algunos muy importantes, los riesgos que va a asumir con la contratación de la franquicia.

Consideramos que, algunos de los inconvenientes a los que se enfrenta el franquiciador son relevantes, por lo que la primera reflexión que debe hacerse es analizar qué puede hacer para reducirlos o eliminarlos, ya que algunos de ellos solo dependen del hecho de haber realizado una buena o mala elección en el proceso de selección del franquiciado.

En este sentido, ABELL<sup>146</sup> nos plantea lo que a su entender son “los dos riesgos más importantes a los que se enfrenta el franquiciador, que son el riesgo moral y las asimetrías informativas. Para el franquiciador al igual que para el franquiciado les es imposible tener toda la información necesaria que elimine el riesgo de la franquicia en el proceso de decidir si vende una franquicia a un potencial franquiciado o no, lo cual es del todo razonable dado que es más fácil encontrar información de una empresa grande y organizada que de una persona física con deseo de emprender a través de una franquicia.

---

<sup>146</sup> ABELL, M. (2013). “*The law and regulation...*”. *Op. Cit.*, págs. 55-57



Por otro lado, el hecho de facilitar el *know how* y de ceder el uso de la marca a un empresario individual es una forma de abrir las puertas a un futuro gran competidor, cuando el contrato de franquicia concluya, dado que no existirá ningún otro competidor en el mercado con más información de la empresa franquiciadora que el ex franquiciado”. LAFONTAINE<sup>147</sup> con base en un estudio sobre unos resultados empíricos del sistema de franquicias, donde evalúa también el riesgo moral en que incurren los franquiciadores, pone en evidencia el hecho de que “en algunos supuestos el franquiciador financia parte de las inversiones del franquiciado, asumiendo el riesgo de adquirir un paquete de acciones de la totalidad de la red de franquiciados.

Y, finalmente, SEN<sup>148</sup> plantea que “considerando el hecho de que, la futura franquicia siempre contiene alguna incertidumbre en cuanto a las ventas y beneficios futuros, hace que la conducta de franquiciadores y franquiciados sea diferente al respecto. En el caso del franquiciador si tiene muchas dudas acerca de un buen desarrollo de la franquicia, impondrá un canon de entrada muy alto y unos *royalties* muy bajos en contrapartida, lo cual puede tener el efecto contrario, que se materializará en el caso de que la franquicia vaya mejor de lo esperado, caso en el que el franquiciador recibirá menos *royalties* de los que hubiera recibido si hubiera tenido menos aversión al riesgo”.

Si el franquiciador no dispone de un asesoramiento jurídico adecuado es posible que no sea consciente de que, si bien en la fase precontractual no se ha formalizado acuerdo o contrato alguno, sí puede derivarse una responsabilidad precontractual como consecuencia de determinadas actuaciones, como la interrupción de las negociaciones de mala fe, o la no entrega de toda la información precontractual establecida por ley.

Así pues, esta forma de expansión de indudables ventajas para la parte franquiciadora no está exenta de riesgos, por lo que pasamos a analizar algunos riesgos más que asume el franquiciador en un sistema de franquicias:

---

<sup>147</sup> LAFONTAINE, F. (1992). Agency Theory and Franchising. *Journal of Corporate Finance*, pp. 263-283.

<sup>148</sup> SEN, K. C. (abril de 1993). *The use of initial fees and royalties in business-format franchising*. TheWiley Online Library: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/mde.4090140209>.

A- **EL RIESGO MORAL:** en el desarrollo de la red de franquicias si descartamos el factor de ubicación del establecimiento, dado que todos los franquiciados utilizan el mismo modelo de negocio, si alguno o algunos de los establecimientos franquiciados generan una cifra de ventas inferiores a las previstas durante un período de tiempo determinado, seguramente sea el indicio de que se esté produciendo una disminución del esfuerzo o de la eficacia técnica y/o comercial por parte del franquiciado, generándose un riesgo moral para el franquiciador.

Podemos tener otra referencia de este bajo nivel de eficacia comercial del franquiciado, comparando las ventas por unidad del establecimiento de este con las que obtienen otros establecimientos de características similares. Otro factor para medir la eficacia en la gestión de los franquiciados es considerando los resultados económicos unitarios de cada establecimiento franquiciado, ya que, si en alguno o algunos de ellos, estos son inferiores a los de otros establecimientos similares propios o franquiciados, puede constituir un claro indicador también de algún problema de gestión.

Así mismo, si la franquicia está orientada a la prestación de servicios, las posibilidades de que aparezcan franquiciados oportunistas son mayores, debido al bajo nivel de inversión y de riesgo que se precisa para iniciar la franquicia.

B- **PRIORIZACIÓN EXCESIVA DEL CORTO PLAZO:** hemos de poner de manifiesto que, algunos franquiciadores al iniciar la actividad franquiciada, las únicas ventajas que consideran se centran en el hecho de cobrar los cánones de entrada del franquiciado, dinero fácil y rápido, una política que conlleva muchas posibilidades de llevar al fracaso su proyecto y el de los franquiciados, siendo esta una de las circunstancias que se dan con bastante asiduidad, como sucedió recientemente con la cadena de supermercados *DIA*<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup> La cadena de supermercados DIA (Distribuidora Comercial de Alimentación SA), opera como tiendas de descuento, y perteneció al Grupo Carrefour hasta el 2019. La franquicia sufrió a lo largo de los años un deterioro de la imagen de los establecimientos, de la imagen de la marca, de las ventas, de la rentabilidad de los establecimientos propios y de las franquicias, debido a una mala gestión de los dirigentes de la franquiciadora, que dejaron envejecer el modelo de negocio, alejándolo de las preferencias de los consumidores. Esta situación originó sucesivas demandas por parte de los franquiciados, entre ellas la más relevante tuvo su origen en un aumento ficticio de un 15% en el precio de los productos de los proveedores del franquiciador, modificando las plantillas de estos, diferencial que cobraba a los franquiciados y que se quedaba como ingreso

- C- DIFICULTADES DE CONTROL: el franquiciador va a tener mayor dificultad para controlar los establecimientos franquiciados que la que tendría si fueran suyos, dado que los franquiciados son empresarios independientes y, por tanto, dueños de su negocio franquiciado. En algunos casos, esto le va a suponer una barrera a la hora de intentar imponer todos sus criterios de funcionamiento de la franquicia, especialmente aquellos que no constan en el manual operativo, siendo, en ocasiones, difícil que se replique con absoluta fidelidad su modelo de negocio, lo que va a afectar indudablemente a la imagen de marca en el mercado concreto. Esta dificultad se acrecienta con la lejanía física de los franquiciados por la dispersión geográfica de la red.
- D- EL FRACASO DEL FRANQUICIADO: el cierre de una franquicia o de varias de ellas es uno de los mayores riesgos al que se enfrentará el franquiciador y que le va a suponer una pérdida de imagen de marca y de reputación en el mercado donde opera con un “efecto dominó” sobre el resto de los establecimientos, tanto propios como franquiciados. Todo ello va a tener una repercusión sobre las ventas de la red, la evolución futura de su franquicia y en sus acciones comerciales de captación de nuevos franquiciados. A mayor número de cierres, mayor será también el riesgo de fracaso de la totalidad de la red.

En determinadas ocasiones, si el punto de venta es idóneo, lo que el franquiciador va a hacer para evitar los perjuicios económicos derivados de un inminente cierre es quedarse con el local comercial, mantenido abierta la enseña para traspasarla posteriormente a otro franquiciado. Si no lo hace, la materialización del riesgo moral está asegurada.

Para reducir este riesgo es necesario que el franquiciador ejecute una política de captación o venta de franquicias lo más eficiente posible, efectuando las averiguaciones pertinentes en relación con el perfil del franquiciado que abarquen

---

adicional al margen de los royalties. Por otro lado entre los años 2011 y 2018, utilizó según la fiscalía prácticas contables irregulares para maquillar las cuentas anuales de la empresa, auditadas por KPMG, y así poder vender más franquicias, cobrando los correspondientes cánones de entrada y los royalties de los franquiciados después de que estos hubieran invertido importantes cantidades de dinero para la apertura de los establecimientos.

tanto el ámbito personal como el económico/financiero, así como su capacidad de gestión de un negocio o empresa<sup>150</sup>. Aunque, a veces la selección se hace bien y se escoge un franquiciado diligente, al cabo de cierto tiempo todo cambia porque dicho franquiciado pierde su motivación por causas personales o económicas, el nivel de la gestión del establecimiento cae, pierde clientes, bajan las ventas, se entra en pérdidas y termina cerrando la franquicia, no sin antes muchas veces incumplir sus obligaciones para con el franquiciador, impagando los *royalties*.

En la expansión internacional del franquiciador, la distancia geográfica, los distintos idiomas y culturas hacen aumentar las posibilidades de materializarse algunos de los riesgos comentados. Si a ello le añadimos el hecho de que, en la expansión internacional, se utiliza con bastante frecuencia la fórmula de la máster franquicia, el riesgo adquiere mayores dimensiones. En este sentido, GAMET-POL<sup>151</sup> resalta el importante riesgo que corren los franquiciadores en el caso de máster franquicias de grandes mercados, manifestando que “en este caso pueden llegar a perder el control de toda la red, dado que los sub franquiciados son captados y supervisados por el máster franquiciado, y ello debido muchas veces a las dificultades de comunicación que implica la distancia y la utilización de idiomas diferentes, además de un entorno cultural diferente, con el cual el franquiciador no está familiarizado”.

E- RIESGO POLÍTICO/ECONÓMICO: en la expansión internacional de un franquiciador la inestabilidad política de los gobiernos o el deterioro de la situación económica pueden significar en la praxis un cambio del marco económico y jurídico en el que está desarrollando la red, a través de subidas de impuestos, mayores requerimientos administrativos y técnicos para la implantación de los establecimientos, reglas de libre competencia o competencia desleal, boicots por parte de consumidores o incluso ataques por parte de estos, corrupción en el ámbito

---

<sup>150</sup> En este sentido, la FEDERACIÓN EUROPEA DE FRANQUICIAS, a través de su Código Deontológico, consciente también de la importancia de este tema, establece:

“4. Un franquiciador debe seleccionar y aceptar como franquiciados sólo aquellos que, tras una investigación razonable, parecen poseer los conocimientos básicos, la educación, las cualidades personales y los recursos financieros suficientes para llevar a cabo el negocio de franquicia”.

<sup>151</sup> GAMET-POL, F. J. (1997). « *Franchise agreements...* ». Op. Cit. Pág. 17.

administrativo y funcional, restricciones a la circulación de capitales y dividendos, variaciones en los tipos de cambio de las divisas, etc.

En este sentido, PRICE<sup>152</sup> analiza el riesgo político y económico de una implantación internacional de una franquicia argumentando que “el riesgo político y económico está siempre presente en el comercio internacional, consecuencia de las evidentes diferencias entre las leyes, las culturas y las políticas de los diferentes países. Para un franquiciador, le resultará imprescindible la comprensión de estos riesgos, a fin de estar en mejores condiciones para llegar a concretar un modelo de gestión del riesgo en su expansión internacional”.

Dentro de esta categoría de riesgos, destaca la corrupción, por lo que es aconsejable para el franquiciador el seguimiento del Índice de Percepción de Corrupción anual que proporciona Transparencia Internacional ([www.transparency.org](http://www.transparency.org)).

- F- EL COSTE DE LA ESTRUCTURA PARA FRANQUICIAR: aunque el mayor peso de la inversión de la expansión vaya a correr a cargo de los franquiciados, el franquiciador deberá disponer de una estructura en forma de departamento de franquicias para desarrollar las actividades comerciales y de soporte a los franquiciados y para poder prestarles la adecuada asistencia técnica y formación. También correrá a cargo de dicho departamento la supervisión de los establecimientos de la red en su función de control de los estándares de calidad en los procesos técnicos y comerciales.

El franquiciador, por otro lado, deberá potenciar los departamentos de operaciones, márketing, RRHH, compras y administración y finanzas, debiendo dotarse de unos sistemas informáticos para el control económico financiero remoto de los franquiciados. Entre las funciones más relevantes de estos departamentos estará la confección y actualización de los manuales operativos que contienen el *know how* de la franquicia y de unas campañas de publicidad y promociones notorias y de éxito,

---

<sup>152</sup> PRICE, T. (2005). *Measuring Political and Economic Risk. In Franchising World* . Págs. 58-59.

que bien seguro requerirá la contratación de una buena agencia de publicidad. De ahí que debe conseguir los ingresos de un mínimo de franquiciados para cubrir estos gastos fijos adicionales, o de no ser así, durante esta etapa inicial de franquicia, el franquiciador deberá asumirlos en su propia cuenta de resultados.

Es un riesgo económico que tiene que soportar como consecuencia de haber decidido esta forma de expansión empresarial. En esta línea, DIEZ DE CASTRO, NAVARRO GARCIA & ROLDAN CATALUÑA<sup>153</sup> así lo describen al manifestar “el hecho de tener que poner en funcionamiento un departamento de soporte y control del sistema de franquicias, así como reforzar los demás departamentos corporativos, por el mayor volumen que va a tener la empresa”.

De conformidad con lo antedicho, si en la fase inicial no se implanta esta estructura adicional el franquiciador no podrá cumplir con sus obligaciones contractuales, ya que no podrá suministrar al franquiciado la asistencia técnica y comercial, la formación a sus empleados y los programas de promoción y publicidad, a las que contractualmente se haya obligado. Estos incumplimientos contractuales imputables al franquiciador van a generar un conflicto *inter-partes* en sede judicial, con el correspondiente coste en tiempo y dinero, además del riesgo de que se declare la rescisión del contrato de franquicia, tal y como se observa en la STS, Sala de lo Civil, nº357/2009, de 1 de junio<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> DÍEZ DE CASTRO, E. C., NAVARRO GARCÍA, A., & ROLDAN CATALUÑA, F. J. (2005). “El sistema de franquicia”. Op. Cit. Págs. 293-295.

<sup>154</sup> STS, Sala de lo Civil, nº357/2009, de 1 de junio (ROJ: STS 3495/2009; Id. Cendoj: 28079110012009100386); Recurso: 2474/2004; Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández; Fundamento de Derecho Tercero:

*“El planteamiento de la recurrente se desestima porque la admisión del concepto resarcitorio por la resolución recurrida resulta razonable, habida cuenta que uno de los aspectos en que se basa el desplazamiento patrimonial -"contraprestación" según la cláusula- al tiempo de la perfección del contrato es el de la asistencia técnica comercial (y no solo por el "saber hacer"), y es obvio que la misma no se prestó totalmente al interrumpirse la relación contractual por causa imputable a la franquiciadora”.*

G- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA CON LOS FRANQUICIADOS: en los últimos años se está imponiendo una tesis en la jurisprudencia menor que declara que, a pesar de la independencia jurídico-económica que se predica en este tipo de contratos, el franquiciador debe responder solidariamente con el franquiciado de las actuaciones ilícitas en que incurren estos últimos frente a terceros en el desarrollo de la franquicia. Poniéndose de manifiesto en la siguiente casuística:

- a- En relación con los trabajadores de los empleados, por impago de salarios consecuencia del cierre de la franquicia. La STSJ, Sala de lo Civil y lo Penal, Cataluña nº919/2016, de 11 de febrero<sup>155</sup>, vino a plantear un supuesto de responsabilidad por este concepto.
  
- b- En el caso de la venta de productos o prestación de servicios defectuosos suministrados por el franquiciador o por algún proveedor homologado por este y vendidos en el establecimiento del franquiciado. La percepción de un gran número de clientes e incluso de empleados es que, debido a la implicación o permanente injerencia de los franquiciadores sobre el negocio del franquiciado, y que tanto los establecimientos propios de los franquiciadores como de los franquiciados, utilizan una misma marca, una misma imagen corporativa y una misma comunicación por publicidad, es susceptible de terminar produciéndose una confusión en el consumidor o en los propios empleados. En este sentido, en la STS, Sala de lo Civil, nº681/2018, de 4 de diciembre 2018<sup>156</sup>, se señala que la forma en que el franquiciador emitía su publicidad inducía a error al consumidor.

---

<sup>155</sup> STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y lo Penal, nº919/2016, de 11 de febrero (ROJ STSJ CAT 1494/2016; Id. Cendoj: 08019340012016101065), Recurso: 6687/2015; Ponente: José de Quintana Pellicer.

*“(…) a efectos de declarar la responsabilidad empresarial de Pronovias SA acude a la doctrina desarrollada por la Sala 1ª del TS de la "responsabilidad solidaria impropia", doctrina no alegada ni expuesta por la parte actora y cuya aplicabilidad al supuesto aquí contemplado no ha sido debatida en absoluto por las partes en el proceso”.*

<sup>156</sup> STS, Sala de lo Civil, nº681/2018 de 4 de diciembre (ROJ : STS 4130/2018; Id. Cendoj: 28079110012018100672), Recurso: 1309/2016; Ponente: Antonio Salas Carceller. Fundamento de Derecho Primero:

*“(…) en la que la Sala de lo Civil confirma la SAP en la que se declara una responsabilidad solidaria del franquiciador. La SAP fundamentaba tal decisión alegando: “Fundamenta la*

- c- La relacionada con deudas correspondientes al arriendo del local donde está ubicada la franquicia, cuando el arrendamiento lo ha firmado el franquiciado y lo ha cedido posteriormente al franquiciador.
- d- consiste en si en el contrato de arrendamiento figura la marca o nombre comercial del franquiciador como destino de la actividad a desarrollar.
- e- Ante las administraciones públicas, en los supuestos de incumplimientos de horarios comerciales. Este es el caso habitual en la práctica de que el franquiciador ha impuesto unos horarios comerciales que van en contra de las normativas estatales, autonómicas y municipales.
- f- Por delitos de estafa realizados por el franquiciado, en aplicación del art. 120.4 del Código Penal, interpretando el Tribunal Supremo de forma amplia el contenido del precepto, fundamentado en el criterio de la “*culpa in eligendo*”, “*la culpa in vigilando*” y la teoría de la creación del riesgo para terceros. Para poder justificar la imputación de una responsabilidad solidaria, el Tribunal Supremo pone de manifiesto la doctrina civil de la “responsabilidad solidaria impropia”, que en vía civil desarrolla la STS, Sala Civil, nº185/2013, de 7 de marzo<sup>157</sup>.

---

*responsabilidad de Viajes Carrefour en que la forma de publicitarse la empresa franquiciada inducía a error al consumidor, que acudió a contratar con ella precisamente ante la confianza de que contaba con la garantía de Viajes Carrefour; confusión consentida y propiciada por la franquiciadora, según resulta de la prueba practicada, en cuanto a la forma de comercializar el servicio y señaladamente de la documental consistente en la publicidad que dicha franquiciadora elaboró”.*

<sup>157</sup> STS, Sala de lo Civil, nº185/2013, de 7 de marzo (ROJ: STS 1716/2013; Id. Cendoj: 28079110012013100183); Recurso: 645/2011; Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos; Fundamento de Derecho Cuarto:

*“Obligación in solidum. A) La jurisprudencia de esta Sala ha matizado la redacción del art. 1137 del CC en aquellos casos en que el origen de la obligación no es contractual e incluso en casos de obligación contractual en que se ha comprobado una voluntad tácita de las partes de constituir la solidaridad (SSTS 14 de marzo de 2003, 24 de febrero y 21 de noviembre 2005 y 18 de junio*



H- DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN CONFIDENCIAL: se puede dar el supuesto de que el futuro franquiciado aproveche los tratos preliminares de negociación del contrato de franquicia para hacerse con una información que el franquiciador tiene el deber de facilitarle, haciendo un uso inadecuado de la misma después de decidir finalmente no formalizar el contrato. Por ejemplo, utilizando dicha información para abrir su propio establecimiento. Para evitar este riesgo, es aconsejable firmar un documento de confidencialidad sobre toda la información que se vaya a entregar al franquiciado.

Puede suceder también que el franquiciado haga un uso inadecuado de la información del *know how* recibido durante la fase contractual, con el objetivo también de crear su propio negocio copiando elementos clave del *know how* del modelo de negocio, compitiendo así de forma desleal con la actividad del franquiciador. En ambos casos, se estaría vulnerando el art. 11 sobre actos de imitación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

I- INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES DEL FRANQUICIADO: el incumplimiento de las obligaciones contractuales, siendo la obligación de pago la más frecuente, es otro de los riesgos a los que se ven expuestos los franquiciadores. Las causas más frecuentes suelen ser: la falta de rentabilidad de la franquicia, una insuficiente o deficiente asistencia técnica y formación, unos precios excesivos en la venta de productos al franquiciado, una autorización inadecuada por parte del franquiciador para la ubicación del establecimiento en un lugar concreto, no transmisión al franquiciado de las economías de escala por el aprovisionamiento,

---

2008). La Sala ha considerado que existe junto a la denominada "solidaridad propia", regulada en nuestro Código civil (artículos 1.137 y siguientes ) que viene impuesta, con carácter predeterminado, "ex voluntate" o "ex lege", otra modalidad de la solidaridad, llamada "impropia" u obligaciones in solidum que dimanar de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción y que surge, cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, esto es, el grado de participación de cada uno de ellos".

que el franquiciador se quede con parte del fondo para publicidad que se nutre de las aportaciones de los franquiciados, etc. Tales supuestos pueden dar lugar a que la franquicia entre en pérdidas económicas y motive incumplimientos por parte del franquiciado, como impago de los *royalties*, cánones o por la compra de materias primas o materiales del franquiciador, a los que contractualmente está obligado, pero que no puede o no quiere atender.

### 3.3 RIESGOS DEL FRANQUICIADO

*A priori*, la adhesión a la red de un franquiciador reducirá el riesgo del negocio, si se trata de una franquicia probada y de éxito. No obstante, esta opción no está exenta de otro tipo de riesgos no menos importantes.

El primero de ellos, se encuentra en el propio franquiciado quien lo deberá evaluar al hacerse la siguiente pregunta: ¿tengo las condiciones necesarias para convertirme en franquiciado? No es una pregunta baladí, ya que desde el momento en que firme un contrato de franquicia se va a convertir en un empresario que va a gestionar su propio negocio exponiendo en tal aventura todo lo que haya invertido. En su labor de gestión deberá hacerse cargo de los recursos humanos, de las compras, de las inversiones, de los gastos, de producir, vender y cobrar, de saber administrarse, de fidelizar a los clientes, etc., que, en definitiva, es la gestión integral de una empresa con independencia de su dimensión.

ABELL<sup>158</sup>, nos expone la realidad de una negociación donde existen fuertes asimetrías de poder y de información como es el caso de la franquicia y, en este sentido, expone que “los pequeños franquiciados son en términos generales profesionales con poca formación y experiencia profesional, si los comparamos con el nivel de los franquiciadores. Así pues, en términos generales, una buena parte de los futuros franquiciados no va a realizar todas las investigaciones y comprobaciones previas a la firma del contrato necesarias en aras de minimizar los riesgos inherentes a la franquicia. Es más, en algunos casos por no

---

<sup>158</sup> ABELL, M. (2013). “*The regulation of franchising...* “. Op. Cit. págs.57-58.

haber realizado dicha auditoría previa se llegan a comprar franquicias vacías que son un verdadero fraude. Por otra parte, a la hora de negociar el contrato de franquicia, dada la complejidad de este tipo de contratos, si no están bien asesorados, no van a estar en igualdad de condiciones para firmar un contrato equilibrado”.

Constatamos el hecho de que se da con mucha frecuencia que el franquiciado, llevado por sus ansias de contratar determinada franquicia que se ha puesto de moda en un mercado determinado o simplemente para darle utilidad a un local comercial del que es propietario, no contrata el necesario asesoramiento jurídico, no pide toda la información que precisa para reducir o eliminar sus riesgos y contrata prácticamente sin leerse la letra del contrato. Otras veces, el fracaso viene dado por desconocer la información que necesita para tomar la mejor decisión en relación con el mercado a implantarse y con qué franquiciador o marca hacerlo, no lo encarga a una consultora experta en el sector de franquicias y acaba tomando una decisión errónea. Y finalmente a la hora de escoger el local comercial, si no se deja aconsejar por el franquiciador y por un experto inmobiliario, corre el riesgo de tener un mal establecimiento con un alquiler que le va a lastrar su cuenta de resultados o le va a dar un nivel de facturación por debajo de lo esperado en relación con el modelo de negocio.

Riesgos que, en definitiva, podrá evitar, en gran medida, si se deja asesorar por un experto y si antes de firmar el contrato de franquicia hace las averiguaciones oportunas y emplea la diligencia esperada en función de su experiencia y cualidades empresariales o profesionales, durante los tratos preliminares. El art. 62 LOCM tutela al franquiciado en tanto que parte débil del contrato, obligando al franquiciador a suministrarle una información tasada en el mismo precepto, pero si quiere reducir al máximo los riesgos expuestos, deberá ir más allá en sus averiguaciones, que le han de conducir a decidir si contrata o no basado en un consentimiento debidamente informado.

Si bien parecen muchos los riesgos a los que está expuesto el franquiciado, estimamos que, con una eficaz gestión de investigación durante los tratos preliminares acompañado de asesores especializados que le ayuden en el proceso puede reducirlos hasta que las ventajas superen con creces los riesgos. Nunca los va a poder eliminar todos porque el hecho empresarial entraña riesgo por sí mismo, pero debe y puede acotarlo y reducirlo.

### 3.3.1 RIESGOS EXTRACONTRACTUALES

A- RIESGO MORAL: al igual que el franquiciador, el franquiciado no está exento del riesgo moral, de tal manera que cuanto mayor sea el esfuerzo realizado por él, mayor será el riesgo moral que soporte<sup>159</sup>.

Así, puede existir un comportamiento oportunista por parte del franquiciador que se manifieste a través de una desmesurada ansiedad por la captura de importantes cantidades de dinero de sus franquiciados en forma de *royalties* y de cánones, dando como contrapartida un escaso interés en mejorar la enseña y la consolidación de la marca en el mercado. Otro indicador del riesgo moral en que incurre el franquiciado, está relacionado con la calidad de los *inputs* que recibe del franquiciador en forma de inversión en publicidad nacional, calidad de la formación inicial y continua, la transmisión del *know how*, la calidad en la gestión de la matriz franquiciadora y de la red, la calidad de la asistencia técnica recibida, etc.

B- POR LA GESTIÓN DEL FRANQUICIADOR Y DE LOS FRANQUICIADOS: el franquiciado puede verse afectado de forma indirecta y, por tanto, por motivos ajenos a su gestión, como consecuencia de una mala gestión de franquiciador, en relación con su propia empresa franquiciadora, lo que le afectará negativamente en su cifra de ventas y en sus resultados, al igual que al resto de franquiciados. Dichas consecuencias negativas se pueden derivar de un plan de márketing y de comunicación erróneo, una deficiente política de lanzamiento de nuevos productos, el no saber mantener actualizada la imagen de los establecimientos, suministro de productos con retraso y con precios no competitivos, etc. Puede ocurrir también que el franquiciador gestione bien la franquicia, pero algunos otros franquiciados situados en el mismo mercado o zona del franquiciado estén realizando una mala gestión de su franquicia, lo cual le va a afectar también negativamente. Así lo

---

<sup>159</sup> LAFONTAINE, F., (1992). « *Agency theory and...* ».Op. Cit. Págs. 263-283. El autor, hace un estudio con base en unos resultados empíricos del sistema de franquicias, donde evalúa también el riesgo moral en que incurren los franquiciados.

manifiesta también en su obra MANZOOR<sup>160</sup>, comentando que “si alguno o algunos de los franquiciados están cerca de su zona de exclusiva territorial y tienen unos estándares bajos de calidad de producto o servicio, la mala imagen creada entre los consumidores de aquel mercado puede afectar también negativamente al negocio de la franquicia del franquiciado”.

C- LA NO CESIÓN DE LAS ECONOMÍAS DE ESCALA: existe la posibilidad de que el franquiciador no ceda parte de las economías de escala en los aprovisionamientos de productos y, por consiguiente, los márgenes para el franquiciado no sean lo suficientemente buenos, de tal manera que el pago de sus *royalties* sea excesivamente oneroso, lo que afectará negativamente a su cuenta de resultados. O bien, puede ocurrir que el franquiciador no ceda al franquiciado sus economías de escala conseguidas con los proveedores e industriales que han de intervenir en la construcción del establecimiento o en su equipamiento, lo que afectará negativamente a la inversión inicial relativa a la construcción y equipamiento del establecimiento. Téngase en cuenta que en la práctica esta obligación no suele estar incluida en el clausulado del contrato, dado que de esta forma el franquiciador evita potenciales reclamaciones por incumplimientos contractuales.

D- EL FRAUDE EN LA FRANQUICIA: franquiciadores propietarios de cadenas de franquicias pequeñas, sea porque están en su fase inicial y, por tanto, con un modelo de negocio todavía poco probado o porque tienen dificultades a la hora de crecer por falta de financiación o de rentabilidad del modelo o porque quieren crecer más rápido de lo que pueden asumir, suelen ofrecer franquicias con un precio en forma de cánones y *royalties* más bajo que los grandes franquiciadores con modelos excelentes. Estos operadores de bajo coste tienen el riesgo de que una vez firmado el contrato no dispongan de un modelo de negocio de éxito, no dispongan de una marca conocida y reputada en el mercado, no dispongan de un *know how* completo y transmisible, no ofrezcan la asistencia técnica ni la formación que deberían por falta de estructura propia y, como consecuencia de todo ello, que la franquicia no

---

<sup>160</sup> MANZOOR, G. (2018). “Franchising. The key to...”. Op. Cit. Págs. 18-20.

genere el volumen de ventas y de resultados esperados. Por tanto, el franquiciado, puede encontrarse ante un verdadero fraude de la franquicia contratada, por el hecho de que el franquiciador no dispone de los elementos mínimos y necesarios para franquiciar. En definitiva, que se trate de una franquicia “vacía”. Así en la SAP Madrid nº203/2018, de 17 de mayo 2018<sup>161</sup>se planteó que existía una franquicia “vacía” por falta de objeto.

En las ferias comerciales de la franquicia que se celebran anualmente en diversas ciudades nacionales, los franquiciadores a través de sus *stands* despliegan todo su potencial seductor para la captación de futuros franquiciados. En estas ferias se pueden encontrar desde grandes empresas franquiciadoras con sus marcas renombradas, junto a franquicias “vacías” que son un verdadero fraude. En la SAP de Burgos nº272/2018, de 10 de abril 2018<sup>162</sup>se abordó el caso extremo de una franquicia “vacía”.

---

<sup>161</sup> SAP Madrid, nº203/2018, de 17 de mayo (ROJ SAP M 6995/2018; Id. Cendoj: 28079370082018100160). Recurso 233/2018. Ponente Luisa María Hernán-Pérez Merino. Fundamento de Derecho Segundo:

*“En suma, nos encontramos con un contrato radicalmente nulo o inexistente, pero no ya porque exista un consentimiento viciado por parte de Don Carlos José, sino por falta de objeto, por tratarse de una franquicia vacía, que no reunía los elementos o requisitos necesarios para poder considerarse una franquicia empresarial, por lo que no cumple el contrato, el segundo de los requisitos exigidos por el artículo 1261.2º del Código Civil, esto es, objeto cierto que es materia del contrato”.*

<sup>162</sup> SAP de Burgos nº272/2018, de 10 de abril 2018 (ROJ: SAP BU 272/2018: APBU: 2018:272; Id Cendoj: 09059370032018100090), Recurso: 432/2017; Ponente José Ignacio Melgosa Camarero. Fundamentos Jurídicos:

*“Manifestó que:1) “existen otros elementos cuya inexistencia nos lleva a reforzar la conclusión que no estamos ante una franquicia real sino ficticia y puramente nominal”2) “No existe una red de tiendas franquiciadas, pues sólo consta que junto a las tiendas de los franquiciados se han abierto en España diez o doce tiendas, no constando que ninguna de ellas haya tenido éxito empresarial y continúe abierta”3) “En su publicidad de la franquicia la actora hacía referencia a la apertura de tiendas en el extranjero, una de ellas en Londres, todo lo cual se ha demostrado que es una descarada y grosera mentira...”4) “También se da a entender que cuenta con una red propia de proveedores europeos que proporcionan productos selectos y de calidad, cuando lo cierto es que nada de ello existe (...), 5) “Tampoco existe una estructura comercial propia de la franquiciadora, pues no consta que cuente con almacén, tiendas u oficinas propias, del mismo modo que no consta que cuente con vehículos o personal propio” 6) “Igualmente hemos de señalar que la actora no cuenta con un catálogo de productos...” 7) “La actora compraba en*

Siguiendo con esta argumentación, DIEZ DE CASTRO<sup>163</sup> puntualiza que existe “franquiadores pequeños, que están en una fase muy inicial y que, para poder vender franquicias, ofrecen unas mejores condiciones económicas, o sea unos cánones y unos royalties más bajos, para atraer futuros franquiciados. En esta fase, es cuando existe una mayor mortalidad de franquicias, sea porque la marca es poco conocida, el modelo de negocio no está suficientemente desarrollado o porque el franquiciador no quiere o no puede dar el soporte que el franquiciado necesita”.

En cualquiera de estos supuestos, el franquiciado va a ver frustrado su objetivo de la reducción del riesgo empresarial y va a sufrir las consecuencias de haberse adherido a una cadena inadecuada, en forma de resultados con pérdidas, mermas en su tesorería e incluso el cierre del establecimiento franquiciado con la pérdida de toda o gran parte de la inversión. Reiteramos, una buena investigación en la fase precontractual es imprescindible para averiguar con el máximo de precisión los riesgos inherentes a la decisión a adoptar.

E- COMPORTAMIENTOS NO ÉTICOS DEL FRANQUICIADOR: se puede dar la circunstancia de que una empresa franquiciadora haya desarrollado un crecimiento notable y esté dando un buen servicio a sus franquiciados, pero que con sus ansias de seguir creciendo de opciones de apertura a nuevos franquiciados en mercados ya saturados en los que va a competir con otros franquiciados de la misma red. En estas circunstancias, es improbable que el franquiciado obtenga las ventas y resultados

---

*bazares chinos los productos a precios baratos los revendió a los franquiciados a precios muy superiores, marcando precios de reventa que no eran competitivos, y hacían inviable la rentabilidad del negocio franquiciado” 8) “La consecuencia de lo anterior, en estricta técnica jurídica, es la inexistencia del contrato por falta de uno de los elementos esenciales del mismo según el art. 1261 CC, sea este la falta de objeto o la falta de causa o incluso causa falsa, lo cual conlleva la nulidad absoluta o radical por inexistencia de los contratos suscritos, nulidad absoluta que puede invocarse por medio de excepción sin ser necesaria la reconvención, al contrario de lo que sucede con la anulabilidad por vicio del consentimiento, e incluso según algún sector doctrinal puede ser apreciada de oficio por el juzgador en caso que se haya alegado y probado el sustrato factico en que tal nulidad se funda”.*

<sup>163</sup> DÍEZ DE CASTRO, E. C. (2005) “El sistema de franquicia”. Op. Cit.. Págs.291-295.

esperados, llegando incluso a la necesidad del cierre por la imposibilidad de salir de una zona de pérdidas económicas que están lastrando sus recursos personales.

A mayor dimensión y rentabilidad de la red, mayores alicientes para que el franquiciador decida no renovarla a su vencimiento, por el hecho de que el franquiciador que ha logrado acumular recursos financieros durante un período determinado, puede decidir basado en ello cambiar su estrategia de expansión empresarial y explotar por sí mismo los puntos de venta generados mediante la franquicia. En este sentido, ALON<sup>164</sup> expone que “a medida que una empresa franquiciadora madura y acumula recursos a través de los años y de la expansión de su red de establecimientos propios y franquiciados, la necesidad de acudir al sistema de franquicias decrece”.

El franquiciado deberá averiguar en la fase precontractual si ha habido cierres en la red de franquiciados, en qué zona, número, causas, etc., para evitar acabar siendo otro más de los afectados, por estos comportamientos que, si bien no son reprochables jurídicamente, lo pueden ser desde un punto de vista ético.

F- PUBLICIDAD ENGAÑOSA DE CAPTACIÓN DE FRANQUICIADOS: otro de los riesgos a los que está sometido el futuro franquiciado es el hecho de que, en la fase precontractual - dentro de sus actuaciones de investigación, análisis y obtención de información del franquiciador - puede dejarse persuadir por los impactos publicitarios que, con un marcado carácter comercial para la captación de franquiciados, pueden llegar a transmitir una imagen suya totalmente distorsionada de la realidad, ejerciendo cierta influencia en la construcción de su voluntad contractual. A nuestro juicio, podríamos estar ante un supuesto de publicidad ilícita de la Ley 34/1988 General de Publicidad, que puede ser declarada engañosa o desleal, con las consecuencias previstas para quien la emite del art. 6 de la misma ley consistentes en que “a la acción de cesación prevista en esta Ley podrá

---

<sup>164</sup> ALON, I. (2001). «*The use of franchising by US-Based retailers. Journal of Small Management*”, pp. 111-122.



acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que correspondiera”

En este sentido, HERNANDO GIMENEZ<sup>165</sup> destaca “la influencia que tanto en positivo como en negativo puede llegar a ejercer la publicidad emitida por los franquiciadores, sobre los futuros franquiciados y la construcción de su voluntad contractual, para poder aportar un consentimiento informado al contrato”.

G- EL ORIGEN DE LA ENSEÑA: en la expansión internacional de las empresas franquiciadoras uno de los problemas a los que se enfrentan es el de la adaptación de su oferta de productos y servicios al mercado de destino. Este mercado puede tener una cultura de consumo muy diferente, que sea impermeable a las nuevas propuestas de origen extranjero y que haga fracasar la enseña entrante.

Los franquiciados, atraídos por el éxito del franquiciador en su país, tenderán a pensar que su franquicia va a tener el mismo nivel de éxito, cosa que puede que no suceda ya que las ventas y resultados que vaya a obtener van a estar, con una alta probabilidad, por debajo de sus expectativas, lo que posiblemente le va a suponer unas pérdidas económicas, e incluso el cierre del establecimiento. En esta línea argumental, INGRAM & BRAU<sup>166</sup> concluyen que “el franquiciado deberá realizar una investigación de mercado y de las preferencias de los consumidores, un test de producto y analizar el comportamiento de enseñas con productos similares y ello en relación con la nueva oferta que quiere franquiciar”.

---

<sup>165</sup> HERNANDO GIMÉNEZ, A. (2000). *El contrato de franquicia de empresa*. Madrid: Civitas. Págs. 98-101

<sup>166</sup> INGRAM, P., & BRAUM, J. (1997). Chain affiliation and the failure of Manhattan Hotels, 1898-1980. *Admin. Sci. Quaterly*, Vol. 42, 68-102. Caves, R. (1971). International Corporations : The Industrial Economies of Foreign Investment. *Económica*, Vol 38, 72 y ss.

H- EL SECTOR DE LA ACTIVIDAD: en ocasiones la materialización del riesgo del franquiciado no viene como consecuencia de las circunstancias del franquiciador o del modelo de negocio que ha desarrollado objeto del contrato de franquicia, sino del sector en el cual se va a desarrollar la actividad, que en ocasiones juega un papel fundamental, ya que se puede dar el caso de que el sector en el cual se va a instalar la franquicia esté en una fase incipiente y, por tanto, con grandes oportunidades para que un modelo de negocio pueda crecer de forma rentable o que, por el contrario, se trate de un sector maduro, con un alto nivel de competencia y en declive. En estas últimas circunstancias, el franquiciado asumirá importantes riesgos si decide implantar una franquicia dentro de dicho sector.

Se puede tratar también, de un sector que exija ubicaciones *premium* en las ciudades para poder aplicar con toda fidelidad el modelo de negocio. En estos casos los costes de implantación inmobiliaria comprometerán negativamente su rentabilidad.

Por tanto, si se quiere minimizar este riesgo, el franquiciado debe contemplar la variable del sector en el que está enmarcada la franquicia, a la hora de hacer sus averiguaciones en la fase precontractual.

### **3.3.2 RIESGOS CONTRACTUALES**

A- FIJACIÓN DE PRECIOS DE VENTA: en algunas ocasiones, los franquiciadores en su afán de ingresar mayores cantidades por *royalties*, dado que están calculados considerando la cifra de ventas, obligan contractualmente a los franquiciados a aceptar vender los productos a unas tarifas fijas suministradas por ellos, que en algunos casos no son competitivas en el mercado donde opera la franquicia.

Esta imposición contractual es causa de nulidad del contrato dado que constituye una cláusula restrictiva de la competencia y, por tanto, conculca la normativa nacional y comunitaria sobre el derecho de la competencia. Aunque el art. 1 LDC se refiere a la nulidad de una cláusula referida a la fijación de los precios que, en principio, es una cláusula restrictiva de la competencia, la jurisprudencia ha

declarado la nulidad de la totalidad del contrato por el hecho de que, con la eliminación de la cláusula mencionada, se está afectando también a la cuantía del pago de los *royalties*, que se calculan sobre la cifra de ventas y que constituye uno de los elementos esenciales del contrato de franquicia. Así lo consideró la STS, Sala de lo Civil, nº567/2009, de 30 de julio <sup>167</sup>.

Así pues, el franquiciado no debería aceptar nunca una cláusula que obligue a fijar un determinado precio de venta, dado que conculca la normativa legal vigente en materia de competencia.

**B- INCUMPLIMENTOS CONTRACTUALES:** los incumplimientos de las obligaciones contractuales por causas imputables al franquiciador puede ser el origen de conflictos ante los tribunales. Este es otro de los riesgos a los que se ven sometidos dichos franquiciados, siendo muy diversas las causas que generan este tipo de riesgos. Entre ellas, podemos considerar casos como:

- a- El hecho de que la franquicia esté en su fase inicial y con una marca poco conocida en el mercado, por lo que tendrá unas menores posibilidades de facturación en relación con las que están más consolidadas y, probablemente, no dispondrá

---

<sup>167</sup> STS, Sala de lo Civil, nº567/2009, de 30 de julio (ROJ: STS 5933/2009; Id. Cendoj: 28079110012009100605); Recurso: 72/2005; Ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández; Fundamento de Derecho Sexto y Décimo:

*“La fijación directa o indirecta del precio es una de las cláusulas restrictivas de la competencia vedadas en el art. 85.1 (81.1) del Tratado CE, y asimismo se recoge en la STJCE de 28 de enero de 1.986, as. Pronuptia, -sobre contrato de franquicia en virtud del que el cesionario se limita a vender determinados productos en una tienda que tiene el rótulo del cedente-, y en el Reglamento (CEE) núm. 4087/88, de la Comisión, de 30 de noviembre de 1.988, art. 5 e), relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, cuya aplicabilidad al caso resulta incuestionable”.*

*“(…) debe mantenerse la apreciación de nulidad total porque las consideraciones al efecto expuestas en la resolución recurrida constituyen una respuesta jurídica razonable y coherente y plenamente conforme a derecho, dado que la supresión de la cláusula restrictiva no solo incide en la libertad de fijación del precio por la franquiciada, sino también indirectamente, y como consecuencia, en la determinación del canon de explotación a pagar por la misma a la franquiciante, que es una de las contraprestaciones esenciales del contrato (...).”*

todavía de una estructura de servicio suficiente para poder dar la suficiente asistencia técnica y formación a la que se había comprometido.

- b- Realización insuficiente o ineficiente de campañas de publicidad y márketing debido a la falta de recursos.
- c- Los precios a los que le vende los productos el franquiciador o sus proveedores a los franquiciados son excesivos y afectan a su nivel de competitividad.

AZOULAY & SHANE<sup>168</sup> pone en evidencia la interpretación de la situación de la franquicia al señalar que “normalmente es un síntoma de que algo no está funcionando bien en la operativa de la franquicia por parte del franquiciador, si estos conflictos se dan con frecuencia”. La relación contractual que une a franquiciadores y franquiciados de una misma enseña o franquicia es idéntica o casi idéntica, ya que la mayoría de los contratos de franquicia con grandes cadenas son de adhesión y por tanto con el mismo o casi el mismo clausulado. Uno de los pocos elementos contractuales que puede originar algún conflicto es el referido a la exclusividad contractual, cuando el franquiciado se ve perjudicado por un mal cálculo del mercado estimado para su establecimiento y que va a ser tomado en consideración para delimitar su área de protección o exclusividad, pero se trataría en cualquier caso de casos individuales que nada tendrían que ver con la salud económica o financiera de la red o franquicia. Otra cosa es que un número importante de franquiciados de una misma red o franquicia, planteen conflictos judiciales recurrentes con el franquiciador, como fue el caso de DIA, visto anteriormente. En este caso, era evidente que lo que se estaba trasladando a los tribunales eran situaciones que se correspondían con anomalías, la mayoría ilegales del funcionamiento de la franquicia y que afectaban negativamente a los franquiciados.

### **3.3.3 POR LAS CARACTERÍSTICAS DEL CLAUSULADO DEL CONTRATO**

---

<sup>168</sup> AZOULAY, P., & SHANE, S. (2001). *Entrepreneurs, contracts and the failure of young forms. Management Science, Vol 47, Nro. 3, Pág. 338.*

El franquiciado, de acuerdo con lo que se establece en el art. 3 RD 201/2010, ha de recibir del franquiciado, una información precontractual que incluya los elementos esenciales del contrato de franquicia, los cuales vienen descritos en dicho precepto.

Pero además de dichos elementos esenciales que le han de servir para valorar los derechos y obligaciones del futuro contrato, le interesa conocer y negociar el clausulado del futuro contrato para ser consciente de si está ante un contrato que, siendo o no de adhesión, contiene condiciones generales de la contratación, cláusulas no negociadas individualmente, cláusulas abusivas o cláusulas restrictivas de la competencia, lo que debilitaría su posición contractual a nivel jurídico, económico y de gestión de la franquicia.

#### **A- LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN**

Los contratos de adhesión son consecuencia de la asimetría informativa y de poder económico y financiero entre franquiciador y franquiciado. El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en Sentencia nº1084/98, de 13 de noviembre 1998<sup>169</sup>, en el ámbito de un contrato de compraventa con consumidores, señaló la validez de los contratos de adhesión, reclamando “su control legal y judicial para evitar que una de las partes sufra perjuicios

---

<sup>169</sup> STS, Sala de lo Civil, nº1084/98, de 13 de noviembre de 1998 (ROJ: STS 6721/1998; Id. Cendoj: 28079110011998101792); Recurso: 2884/1997; Ponente: Xavier O’Callaghan Muñoz; Fundamento de Derecho Primero:

*“La calificación de este contrato es de contrato de adhesión entendiéndolo por tal aquel en que la esencia del mismo, y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que esta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). No se discute la validez del contrato de adhesión, inherente a la realidad actual, pero sí es indudable su control legal y judicial para evitar que una de las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en Derecho. Lo cual viene relacionado directamente con la cuestión de las condiciones generales de los contratos, inmersas en los contratos de adhesión, que no son verdaderamente condiciones sino pactos o cláusulas que se incluyen en todos los contratos que una parte redacta y que imponen a todos los que quieran celebrarlos. Por razón de que representan una grave limitación al principio de autonomía de la voluntad se ha dictado un importante cuerpo legislativo en toda Europa, no para coartarlas sino para controlarlas impidiendo un ejercicio abusivo”.*

que no deben tolerarse en Derecho”. Así, para el insigne tratadista PUIG BRUFAU<sup>170</sup> el contrato de adhesión, como su nombre indica “no queda redactado como resultado de una negociación, con su tira y afloja, sino que una de las partes, el cliente, no debe discutir las condiciones del contrato y ha de adherirse a esta que ya ha redactado la otra parte”.

Los contratos de adhesión entre empresarios tienen un tratamiento distinto en el *Civil law* respecto del *common law*. En este sentido, TEODORATZE<sup>171</sup> nos manifiesta que “en relación con los contratos de adhesión, entre empresarios, y como una expresión de la libertad de contratar, la ley inglesa del *Common law*, en contraposición con la *Civil law*, considera que su clausulado una vez acordado, es válido (incluidas aquellas cláusulas excesivamente onerosas para una de las partes”.

Cuando el franquiciador es una gran empresa, como sería el caso de *McDonald's*, y el franquiciado un pequeño empresario, si este último quiere tener una franquicia de esta enseña, va a tener que aceptar indefectiblemente un contrato de adhesión, redactado por completo por la empresa franquiciadora y preparado para ser firmado por los futuros franquiciados. Así pues, no será un contrato negociado individualmente, lo que viene a significar que no exista margen para negociar el clausulado por parte del futuro franquiciado; en este sentido, a lo sumo, se aceptará por parte del franquiciador pequeñas modificaciones que en cualquier caso no alteran en lo sustancial el contenido del contrato.

El art. 3 g) del RD 201/2010 que hace referencia al deber de información que los franquiciadores deben suministrar a los franquiciados, estipula que deberá estar constituida, entre otras informaciones, por los “*elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los derechos y obligaciones de las respectivas partes*”.

En estos casos, el futuro franquiciado podrá encontrarse, como hemos dicho, con cláusulas relativas a condiciones generales de la contratación, cláusulas no negociadas individualmente, cláusulas abusivas y cláusulas restrictivas de la competencia. El

---

<sup>170</sup> PUIG BRUFAU, J. (1997). *Compendio de Derecho Civil, Volumen II. Derecho de obligaciones, contratos y quasi contratos, obligaciones derivadas de actos ilícitos*. Marcial Pons, Barcelona. Pág. 292.

<sup>171</sup> TEODORATZE I. (2017). *The Principle of Freedom of Contract, Pre-contractual Obligations* *Legal Review English, EU and US Law. European Scientific Journal* . Pág. 64.

franquiciado, por tanto, deberá prestar máxima atención a este apartado, dado que en este caso se encontrará ante un contrato estrictamente de adhesión, con su correspondiente complejidad y riesgos para el adherente. Siendo las características de este tipo de contratos las siguientes:

- a- Contenido uniforme y no negociable, que responde a un modelo estándar del franquiciador y redactado exclusivamente por este.
- b- Las partes, por su tamaño y potencial económico no se encuentran en situación de igualdad negociadora, por lo cual el que ostenta el mayor poder negociador es quien predispone el contrato<sup>172</sup>.
- c- No existirán negociaciones previas del contrato sobre su clausulado.
- d- El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión (art. 1.2 de la LCGC). Eso sí, la imposición unilateral del contenido del contrato no puede identificarse con la imposición del contrato en el sentido de obligar a contratar. Así lo ha confirmado de forma contundente la SAP de Murcia nº2201/2017<sup>173</sup>.

---

<sup>172</sup> SAP de Barcelona 527/2017, de 5 de octubre (ROJ: SAP B 9621/2017; Id. Cendoj: 08019370012017100428). Recurso: 1355/2015; Ponente: Amelia Mateo Marco. Fundamento de Derecho Cuarto. En el contexto de un contrato de Franquicia:

*“De la propia redacción del artículo 1 de la Ley de 1998 cabe extraer sus dos principales características, a saber, que la condición general de la contratación es una cláusula o estipulación contractual predispuesta e impuesta por una de las partes (predisponente) a la otra (aceptante o adherente), cuya libertad contractual queda limitada a la mera aceptación, o eventual rechazo, de la misma; y que es el instrumento propio utilizado en la contratación en masa o por adhesión, es decir, que surge con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos”.*

<sup>173</sup> SAP de Murcia 607/2017, de 13 de octubre (ROJ: SAP MU 2201/2017; Id. Cendoj: 30030370042017100587). Recurso: 552/2017; Ponente: Rafael Fuentes Devesa. Fundamento de Derecho Segundo:

*“Imposición se predica del contenido de la cláusula, sin que se puede identificar con la imposición del contrato en el sentido de obligar a contratar, aclarando el art 1.2 de la Ley nacional que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión. (...). La*

- e- Según la jurisprudencia, pueden contener cláusulas oscuras de difícil interpretación que según el art 1288 CC “*su interpretación no podrá favorecer a la parte que ha ocasionado la oscuridad*”, es decir, se impondrá una interpretación “*contra stipulatorem*” o “*contra proferentem*”. Así lo considera también la SAP de Barcelona nº9621/2017, de 5 de octubre<sup>174</sup>.

Los tratos preliminares han de servir al franquiciado para valorar antes de la firma del contrato hasta qué punto está dispuesto a aceptar dichas limitaciones impuestas por el franquiciador y que van a marcar el desarrollo de la franquicia.

Respecto de la calificación de los contratos de franquicia como contratos de adhesión, la jurisprudencia no ha fijado un criterio claro existiendo disparidad de criterios en las Audiencias Provinciales. Así, existe una línea jurisprudencial que desestima tal posibilidad, al considerar que no se puede otorgar la condición de consumidor al franquiciado ( SAP de Madrid nº195/2008, de 21 de abril<sup>175</sup> y la SAP de Madrid nº417/2017, de 27 de octubre<sup>176</sup>). En este sentido, ponen de relieve que, aunque se esté

---

*imposición del contenido del contrato no puede identificarse con la imposición del contrato en el sentido de obligar a contratar”*

<sup>174</sup> SAP de Barcelona 527/2017, de 5 de octubre (ROJ: SAP B 9621/2017; Id. Cendoj: 08019370012017100428). Recurso: 1355/2015; Ponente: Amelia Mateo Marco. Fundamento de Derecho Cuarto. (En el contexto de un contrato de franquicia):  
“*En definitiva, la cláusula es oscura por lo que no debe interpretarse en favor de la demandante, que es quien ha provocado su oscuridad, por cuanto está contenida en un contrato de adhesión (art. 1.288 CC)*”;

<sup>175</sup> SAP de Madrid nº195/2008 de 21 de abril (ROJ: SAP M 5974/2008; id. Cendoj: 28079370252008100201); recurso: 144/2007; Ponente: Francisco Ramon Moya Hurtado de Mendoza: Fundamento de Derecho Tercero:  
“*No obstante, dicha concurrencia fáctica no lleva implícita, sin más, la consideración del contrato como de adhesión con las consecuencias que se pretenden anudar en protección de los consumidores. En modo alguno puede entenderse como consumidor a la recurrente (...).*”

<sup>176</sup> SAP de Madrid nº417/2017, de 27 de octubre (ROJ: SAP M 13506/2017; Id. Cendoj: 28079370132017100391). Recurso: 180/2017; Ponente: Carlos Cezón González. Fundamento de Derecho Tercero:

*“Que las cuestiones de mayor trascendencia del contrato no fuesen susceptibles de negociación, por criterio firme de la franquiciadora, esto es, que se tratase de un contrato de adhesión a partir*



ante un contrato de adhesión y que se confirme la existencia de una “grave y leonina desproporción entre los derechos y obligaciones de ambas partes, el franquiciado no podrá pedir la nulidad del contrato, ya que se trata de una negociación entre empresarios” y no entre empresario y un consumidor al amparo de la LGDCU. Por el contrario, algunos pronunciamientos judiciales abogan por la tesis contraria (Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona, nº32/2011, de 20 de enero)<sup>177</sup>.

En las resoluciones del Tribunal Supremo, nos podemos encontrar con algunos Autos que no admiten la nulidad contractual por el hecho de vincular el contrato de franquicia con un contrato de adhesión, fundamentado en que el franquiciado no tiene la condición de consumidor (ATS, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre 2008<sup>178</sup>). Si bien, a la hora de

---

*de una fórmula tipo para todos los franquiciados, del que los contratos que se firmaban solo diferían en pormenores que no afectaban a las líneas maestras y básicas del negocio, no implica que el contrato haya de tenerse pervertido de una tan grave y leonina desproporción entre las prestaciones y obligaciones a cargo de una parte y otra que haya de ser tenido por nulo por necesaria falta de una declaración de voluntad consciente e informada por parte del adherente o que exija de una corrección por desorbitado o desproporcionado”.*

<sup>177</sup> SAP de Barcelona nº32/2011, de 20 de enero 2011 (ROJ: Roj: SAP B 374/2011; id. Cendoj: 08019370162011100023); Recurso: 19/2010; Ponente: Jordi Seguí Puntas Fundamento de Derecho Segundo:

*“En segundo lugar, en lo concerniente a la naturaleza de contrato de adhesión de que goza el convenio suscrito por los ahora litigantes el uno de septiembre de 2006, por virtud del cual Transjaki se convirtió en la franquicia número 678 de Fitman, titular de la marca MRW. Baste remitirse a lo declarado en juicio por María Rosario, directora de franquicias de MRW, para establecer que el referido convenio es el contrato-tipo que utiliza Fitman con toda su red de franquiciados, habiendo corrido por tanto de cuenta del franquiciador la redacción íntegra de su clausulado”.*

Al respecto, MATO PACÍN, M<sup>a</sup> NATALIA (2017): “Cláusulas abusivas y empresario adherente”, Agencia Estatal BOE, Madrid. También, Pág 27. CIENFUEGOS MATEO, M., «Contrato de franquicia, ordenación del comercio y Derecho de la competencia», Revista Jurídica de Catalunya, núm. 2, 2005, pp. 71-102. Y también, ESTEVAN DE QUESADA, C., «Franquicia y abuso de dependencia económica», Actas de Derecho industrial y Derecho de autor, tomo XXVI, 2005-2006, pp. 145-169.

<sup>178</sup> ATS de 4 de Noviembre 2008 (ROJ : ATS 10091/2008; Id. Cendoj: 28079110012008204523); Recurso: 681/2005; Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; Fundamento de Derecho Quinto: “(...) no resulta predicable la nulidad por el hecho de tratarse de un contrato de adhesión, al no poder calificarse como consumidor a la parte actora hoy recurrente”.

resolver el Tribunal Supremo tiene en cuenta los diversos planteamientos de las Audiencias Provinciales, sin llegar a pronunciarse sobre el controvertido aspecto relativo a si los contratos de franquicia pueden ser calificados como contratos de adhesión (STS, Sala de lo Civil, nº438/2018, de 11 de julio).

En la normativa aplicable en EEUU es de destacar el hecho de que, dentro de la regulación referida a la franquicia y sobre los efectos de protección de los franquiciados la *FTC Rule* (Ley de la franquicia), asimila franquiciados con consumidores. Así parece confirmarlo la web oficial de la FTC, en la que se menciona lo siguiente: “La FTC es una agencia federal bipartidista con una doble misión, la protección de los consumidores y el promover la competencia. Durante cien años, nuestra agencia colegial y orientada al consenso ha defendido los intereses de los consumidores estadounidenses. Al comenzar nuestro segundo siglo, la FTC se dedica a promover los intereses de los consumidores al tiempo que fomenta la innovación y la competencia en nuestra economía dinámica”; añadiendo que, “La FTC trabaja para el consumidor para prevenir prácticas fraudulentas, engañosas e injustas en el mercado y para proporcionar información a las empresas para ayudarles a cumplir con la ley”, donde además el franquiciado tiene a su disposición la “Guía del consumidor para comprar una franquicia”.<sup>179</sup>

En el ámbito de la Unión Europea, el TJUE ha considerado como consumidor al empresario que contrata fuera de su actividad habitual. Una Sentencia del TJUE de fecha 3 de septiembre de 2015, en el asunto C-110/14, así lo establece, concluyendo que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Así pues, tomando en consideración la legislación comunitaria, en ningún caso el franquiciado podría ser considerado como consumidor, dada su condición de empresario que contrata con otro empresario, por tanto, consistiendo su actividad habitual, la propia de un empresario.

---

<sup>179</sup> <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/consumers-guide-buying-franchise>;  
<https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do>

Desde nuestro punto de vista y, coincidiendo con los planteamientos realizados al efecto por determinadas Audiencias Provinciales, ante la constatación de que se producen situaciones de asimetría en materia de información y poder, que terminan abocando a los franquiciados a firmar un contrato con condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas que conforman un evidente contrato de adhesión, consideramos que debería aplicárseles la misma protección de la que gozan los consumidores y, por tanto, por analogía se les debería aplicar la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, tanto su artículo 7 sobre no incorporación, como su artículo 8 sobre nulidad de cláusulas abusivas, así como el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

## **B- CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN**

Las Condiciones Generales de la Contratación suelen formar parte de los contratos de adhesión, por la misma naturaleza y condiciones de asimetría informativa y de poder que se da entre las partes contratantes como es el caso de la franquicia. En este sentido, el gran tratadista CASTRO Y BRAVO<sup>180</sup> considera que “es una figura afín a la de los contratos de adhesión, de la cual no es fácil distinguirla, cuando estas se estiman conocidas por el contratante que las acepta. Como siempre ocurre, el poder incontrolado lleva a su abuso”.

En la doctrina mercantilista encontramos algunos autores que tratan las Condiciones Generales de la Contratación, pero únicamente desde la perspectiva de los Consumidores.

---

<sup>180</sup> CASTRO Y BRAVO, F. (1982). “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”. En *ADC*, Vol. 35, Nro. 4, Pág. 1055. CARRASCO PERERA, A. (2017). “*Derecho de contratos*”, 2a edición, Thomson Reuters - Aranzadi, pp., 748-749. “La norma presupone una asimetría de poder negociador (de ahí la posibilidad de que una parte imponga a otra una reglamentación prerredactada por aquella), pero no condiciona la aplicación normativa al ejercicio efectivo de esta supremacía, ni a ninguna situación de necesidad en quien se adhiere.”

En opinión del insigne tratadista SÁNCHEZ CALERO<sup>181</sup> “este es un fenómeno reciente, ya que los Códigos del siglo pasado partían del principio de la libre autonomía de la voluntad, ya que se consideraba que se partía de una situación de igualdad”.

En el Preámbulo de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, se afirma que “La presente Ley tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”. El art. 1 LCDC nos da una definición de lo que son Condiciones Generales de la Contratación determinando que, “*son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*”. Y en opinión de DIEZ-PICAZO & GULLÓN<sup>182</sup>, de dicha definición se pueden extraer las siguientes características de este tipo de cláusulas:

- a- “Ha de existir la predisposición de las condiciones por una de las partes, con la intención de incorporarlas al contrato que se vaya a celebrar”.
- b- “Las condiciones se han de preparar y preredactar con la finalidad de incorporarlas a una pluralidad de contratos”.
- c- “La incorporación de las condiciones a cada contrato, ha de ser impuesta por el predisponente, por lo que se suele llamar a la otra parte “adherente”. La incorporación de la cláusula con la condición no se puede evitar por el adherente si quiere obtener el bien o servicio del contrato, no existiendo por tanto negociación individual, si bien puede existir negociación que no conduce a ningún resultado”

---

<sup>181</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, J. (2010). *Instituciones de Derecho Mercantil II*. Pamplona: Thomson Reuters. Pág. 82.

<sup>182</sup> DÍEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A. (2017). *Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Tomo I: El contrato en general. La relación obligatoria. Undécima edición*. Tecnos, p. 445. Los autores en su obra hacen un análisis sobre lo que, a su criterio, y de acuerdo con el contenido de la Ley 7/1998, son las características esenciales de las Condiciones Generales de la Contratación.

En cuanto a las características de las partes que intervienen en un contrato con Condiciones Generales de la Contratación, la Ley hace una interpretación más amplia que la Directiva que transpone, ya que esta se refiere únicamente a consumidores. Así pues, en el art. 2 de la LCGC<sup>183</sup> que trata del “Ámbito subjetivo” de la misma, nos dice que el predisponente ha de ser un profesional, pudiendo ser tanto u persona física como jurídica, dando cabida a la figura del empresario. Mientras que el adherente, pudiendo ser también un profesional, podrá ser persona física o jurídica y solo quedará vinculado por las condiciones si se demuestra su conocimiento y aceptación. De esta forma, al contrato de franquicia le serían de aplicación las normas de la LCGC.

Lo relativo a la nulidad de las condiciones o del contrato lo encontramos en los art. 8 y 10 de la Ley, manifestando este último artículo que “no determinará la ineficacia total del contrato si este puede subsistir sin tales cláusulas”. En este sentido, RUIZ MUÑOZ<sup>184</sup> nos indica que “nada impide que judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva, cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tenerse en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas”.

Si bien no podemos encontrar Condiciones Generales de la Contratación en STS relativas a contratos de franquicia, son abundantes las SAP que tratan la cuestión. En este sentido, citamos la SAP de Valencia nº25/2015, de 2 de febrero<sup>185</sup>.

---

<sup>183</sup> Artículo 2. LCGC. Ámbito subjetivo.1. “La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente”. 2. “A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada”.

<sup>184</sup> RUIZ MUÑOZ, M. (2010). Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial). En *Los contratos de distribución* (págs. 1-66). Editorial La Ley. págs. 64-67.

<sup>185</sup> SAP de Valencia 25/2015 de 2 de Febrero (ROJ: SAP V 769/2015; Id. Cendoj: 46250370072015100025); Recurso: 627/2014; Ponente: Maria Filomena Ibáñez; Fundamento de Derecho Segundo:

*“Ciertamente, como alega el recurrente en su recurso, el régimen de las normas relativas a las condiciones generales de contratación es de aplicación también a los contratos concluidos entre*

El art. ii-1:109 del Marco Común de Referencia (MCR/DCFR) trata las Condiciones Generales de la Contratación y las define como “todas aquellas cláusulas que han sido formuladas previamente para varias transacciones con diferentes partes y que no han sido negociadas individualmente por las partes”. El hecho de que este precepto se incluya en el Capítulo I, que contiene las disposiciones generales aplicables a todos los actos y contratos (Libro II) supone un reconocimiento de que estas Condiciones Generales de la Contratación pueden estar presentes en todo tipo de contrato, incluidos, por tanto, los de franquicia.

El fundamento de este precepto está en que la autonomía de la voluntad de las partes del contrato, en determinados casos, se muestra insuficiente para legitimar un acuerdo, instituido mediante un procedimiento en el que es fundamental la voluntad del predisponente, pero no la del adherente. Los contratos de adhesión que se firman entre grandes empresas multinacionales en el mundo de la franquicia con franquiciados de medianas o pequeñas empresas es un claro ejemplo de ello.

El Marco Común de Referencia no pretende la expulsión de del sistema de las Condiciones Generales de la Contratación, sino imponer un control de calidad más intenso y específico. Para determinar si estamos ante una condición general hay que comprobar si se dan los siguientes presupuestos jurídicos:

- a- Que se haya formulado la condición con antelación por el predisponente, sus asesores o terceros.
- b- Que esté destinada a ser utilizada en una pluralidad seriada de contratos, como sería el caso de estar preparados para ser formalizados entre un franquiciador y múltiples franquiciados.

---

*empresarios y profesionales entre sí, pues así lo dispone el art. 2 Ley 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación (...)*

*“Cuando no intervengan consumidores la nulidad solo se produce cuando lo dispone el art. 8.1 de la ley esto es cuando: " Contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención." O lo que es lo mismo, cuando las mismas no reúnan los requisitos que señala el art. 5.”*

- c- Que su contenido se haya impuesto como obligatorio por parte de una de las partes.

En este ámbito no existe una diferencia sustancial entre el contenido del MCR y el de la Ley 7/1998 sobre CGC, que traspuso la Directiva 1993/13/CEE y que se complementa con el Título II de la TRLGCU, en relación con las Condiciones Generales y cláusulas abusivas. En opinión de FUENTE<sup>186</sup>, la única diferencia destacable es la que se refiere al requisito que exige el MCR relativa a que la cláusula “debe haber sido redactada previamente”, implícita en la expresión “predispuesta”, y que la cláusula no haya sido negociada individualmente.

A diferencia de lo que establece el MCR, el ordenamiento español exige que la Condición General haya sido impuesta por una de las partes, con independencia de que haya sido o no el autor material o intelectual de la misma. Este requisito se refiere a la inevitabilidad de la incorporación de una Cláusula General en un contrato, o sea, que a la otra parte no le queda más remedio que adherirse a este si quiere perfeccionar el contrato.

En el art. II-4:209 MCR se formula la regla general de “la existencia de contrato”, fundamentada en que “las Condiciones Generales no constituyen un contenido esencial del contrato, de manera que este puede existir sin las mismas”. En esta línea argumental, BOSCH CAPDEVILA<sup>187</sup> manifiesta que “la regla general es que, a pesar de que las Condiciones Generales puedan resultar incompatibles, el contrato se entiende concluido en virtud de la aceptación de la oferta. Las Condiciones Generales que formaran parte del contrato serán las que sean compatibles, mientras que las incompatibles, puede decirse

---

<sup>186</sup> FUENTE, M. (2007). La protección coetánea a la celebración del contrato. En D. A. De León Arce, & L. M. García, *Derechos de los Consumidores y Usuarios (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*. Tomo I. 2ª Edición. Valencia: Thomson Reuters. En contra, DÍEZ-PICAZO, L. (2007). “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...*”. *Op. Cit.* Pág. 473, que advierte: “no parece necesario que la idea de predisposición entrañe la de prerredacción, aunque estas sean las características que, de forma general, adopten las condiciones generales, de hecho, la propia LCGC en ocasiones habla de redacción”.

<sup>187</sup> BOSCH CAPDEVILA, E.; Formación de Contrato (del contrato y de otros actos jurídicos), en AAVV. (2012). *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia, Tomo I Coordinadores: Vaquer Aloy, A., Bosch Capdevila, E., Sanchez Gonzalez, M.P.* Barcelona: Atelier. Pag. 327.

que se anulan mutuamente. Respecto a los aspectos en que las Condiciones sean incompatibles, se producirá una laguna que, en su caso, debiera resolver el juez”.

### C- CLAÚSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE

Este tipo de cláusulas pueden darse tanto con consumidores como entre empresarios. En el ámbito de los contratos de franquicia están normalmente asociadas a los contratos de adhesión, que se dan cuando existen fuertes asimetrías informativas y económicas o de poder. En relación con las cláusulas no negociadas individualmente es muy ilustrativa las SAP de Burgos nº572/2017, de 29 de diciembre <sup>188</sup>.

El art. 82.1 y 2. de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios define la cláusula abusiva y sus efectos, relacionando el concepto de cláusula no negociada individualmente con el de cláusula abusiva. El precepto exige que hayan sido impuestas individualmente (no negociadas) y que, no habiendo sido aceptadas expresamente por la contraparte - en este caso el franquiciado-, contravengan el principio de buena fe, causándole un perjuicio y un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

El segundo apartado del artículo prescribe que “una cláusula que haya sido negociada individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato”.

---

<sup>188</sup>SAP de Burgos 572/2017, de 29 de diciembre (ROJ: SAP BU 1120/2017; Id. Cendoj: 09059370032017100451). Recurso: 365/2017. Ponente: José Ignacio Melgosa Camarero. Fundamento de Derecho Sexto:

*“(…) la jurisprudencia del Tribunal Supremo (…) tiene establecido que en los contratos que incluyan Condiciones Generales, no negociadas individualmente, si el adherente no es consumidor, pese a no ser aplicable la normativa sobre protección de consumidores sobre cláusulas abusivas, la validez y eficacia de la cláusula en cuestión debe ser sometida a control, conforme lo solicitado por las partes, desde una perspectiva de las normas y principios generales de todo contrato, y entre ellas la exigencia de buena fe contractual y la proscripción de abuso de Derecho y ejercicio antisocial del mismo”.*



En contraposición, para que exista una negociación individual, el predisponente tiene que demostrar la firme y seria disposición, manifestada al adherente de aceptar modificaciones o contrapropuestas al contenido del contrato propuesto.

Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Comisión Lando), que constituye parte del actual *Soft Law* de la Unión Europea, también regulan esta materia. En concreto, en relación con el contenido de los contratos de adhesión que pueden llegar a contener cláusulas abusivas utilizadas de forma bastante generalizada en el ámbito de las franquicias, disponemos de los siguientes principios: El art. 2:104 “Términos no negociados de manera individual. Aquellos contenidos del contrato que no hayan sido negociados de forma individual solo podrán oponerse contra una parte que no tuviera conocimiento de ellos cuando la parte que los invoca hubiera adoptado medidas suficientes para que la otra parte repare en ellos antes de la conclusión del contrato o en el momento de dicha conclusión”. Añadiendo, que: “La mera referencia en el texto del contrato a una cláusula no es suficiente para considerar que se ha destacado de manera conveniente, aunque la otra parte haya firmado el documento”. Además, en el art. 2:105 “Cláusula de integridad”, Establece que en el caso de que una cláusula haya sido negociada de forma individual, si en el texto del contrato constan todos los elementos del contrato (cláusula de integridad), “cualesquiera otras declaraciones, compromisos o acuerdos previos no incluidos en el escrito no forman parte del contrato”.

En el Marco Común de Referencia, lo relativo a las cláusulas no negociadas individualmente está regulado en el art. II-1:110<sup>189</sup>.

Así pues, estamos ante cláusulas impuestas por una de las partes, sin que la otra haya tenido otra opción que aceptar su contenido como un todo, y por tanto sin posibilidad de negociación, matizando que, una mera explicación o lectura conjunta del contenido de la cláusula, por parte del que la ha redactado, no se considera negociación y considerando

---

<sup>189</sup> Art. II-1:110 MCR: “1) Se considera que una cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido individualmente negociada, si la otra parte no ha podido influir en su contenido, en particular, porque ha sido redactada previamente, sea o no una condición general. 2) Si una parte facilita un listado de cláusulas a la otra parte, no se considera que una cláusula ha sido negociada individualmente, por el mero hecho de que la otra parte la haya elegido del listado”.

que el ámbito de aplicación de esta cláusula incluye todo tipo de contratos y no solo en relación con consumidores como establece la Directiva 93/13/CEE.

El tratadista CARRASCO PERERA<sup>190</sup> manifiesta que estaremos ante una cláusula no negociada individualmente, “si ha sido prerredactada e impuesta al adherente, pero no ha sido programada para una pluralidad de contratos. Y no será una cláusula de Condición General de la Contratación, debiéndose someter al control de los art. 82-90 TRLGDCU en caso de que el adherente sea un consumidor”, añadiendo además que “debe tenerse en cuenta que el concepto de cláusula no negociada individualmente es más amplio que el de condición general, y que incluye a esta.”

Lo que se pretende es la protección de la parte que ha visto limitada o cercenada su libertad contractual, lo que vulnera el principio básico de la libertad de mercado y como consecuencia el derecho contractual. Ahora bien, si la contraparte pudo negociar y no lo hizo o pudo modificar lo inicialmente propuesto y tampoco lo hizo, no se estaría ante este supuesto, aunque la contraparte no haya usado dicha posibilidad. En este sentido, CUESTA y VALPUESTA<sup>191</sup> matizan que “la no imposición no implica no regateo, negociación ardua o modificación de las condiciones previas, sino más bien, consentimiento pleno del contratante que pudo influir en el contenido contractual, aunque, en su caso simplemente aceptara como buena la cláusula prerredactada”.

Según la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (STS 30.5.98 (RJ 1998/4077), 12.05.2000 (RJ 2000/3409) y 27.07.1999 (RJ 1999/6578))“el hecho de haber tenido la posibilidad de leer o de conocer una cláusula, aunque se hubiera explicado su significado no implica negociación”.

La valoración de si una cláusula ha sido o no negociada individualmente deberemos hacerla considerando el contrato en su conjunto y las circunstancias en que se acordó.

---

<sup>190</sup> CARRASCO PERERA, A. (2017). “El Derecho de los contratos”. OP. Cit .Pág. 750.

<sup>191</sup> CUESTA, J. M., Y VALPUESTA, E. (2009). Marco general de la contratación mercantil, en J. M. Cuesta, y E. Valpuesta, Contratos Mercantiles. Barcelona, Pág. 61.

Aunque se utilice de forma bastante generalizada en los contratos de adhesión la técnica de la prerredacción no siempre significa que no haya sido negociada individualmente.

#### D- CLAÚSULAS ABUSIVAS

Las llamadas cláusulas abusivas en la contratación, se corresponden con aquellas cláusulas no negociadas individualmente, contrarias a las exigencias de la buena fe<sup>192</sup>, siendo perjudiciales para una de las partes porque ocasionan un desequilibrio entre las prestaciones del contrato, encontrándose con cierta frecuencia en los contratos de adhesión.

Se caracterizan por la existencia de situaciones información asimétrica entre las partes del contrato y de costes de transacción que incentivan comportamientos oportunistas por parte de aquellos empresarios franquiciadores que ostentan una posición de dominio o de privilegio que les da el tamaño y su correspondiente posición negociadora, frente a la parte débil del contrato que, en este caso serían los franquiciados.

En los contratos de franquicia que, siendo o no de adhesión, hallamos algunas cláusulas que podrían parecer abusivas y el reflejo de una posición de dominio por parte del franquiciador, pero que jurídicamente no son tratadas como tales. Entre estas cláusulas, estarían las referidas a no desvelar los conocimientos técnicos aportados por el franquiciador, las de no competencia, mantener informado al franquiciador sobre las incidencias que ocurran en relación con las marcas, no utilizar los conocimientos técnicos adquiridos para otros fines que no sean la franquicia y no ceder a terceros los derechos y obligaciones del contrato, las cuales, están cubiertas por los art. 2.3 y 5.3 del Reglamento de Exención por Categorías (Reglamento (UE) núm. 330/2010)<sup>193</sup>, dado

---

<sup>192</sup> BOSCH, C., & GIMÉNEZ, E. (2005). Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores. *Vlex, Nro. 692*, 1760-1761. En esta línea está el autor, añade que para que pueda tener tal consideración esta “deberá ir en contra de las exigencias de la buena fe”

<sup>193</sup> Art. 2.3 del REGLAMENTO (UE) NÚM. 330/2010, “La exención prevista en el apartado 1 se aplicará a los acuerdos verticales que contengan cláusulas que se refieran a la cesión al comprador, o la utilización por el comprador, de derechos de propiedad intelectual, siempre que dichas cláusulas no constituyan el objeto principal de dichos acuerdos y que estén directamente relacionadas con el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes. La

que estas cumplen con el Considerando 8 del Reglamento, en el sentido de que, “Determinados tipos de acuerdos verticales , pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes. En concreto, pueden dar lugar a una reducción de los costes de transacción y distribución de las partes y optimizar sus niveles de ventas y de inversión”.

La SAP de Madrid nº230/2015, de 27 de junio<sup>194</sup> contiene unas interesantes consideraciones con relación a las cláusulas abusivas, resaltando el hecho de que al existir

---

exención se aplicará a condición de que, en relación a los bienes o servicios contractuales, dichas cláusulas no contengan restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto que las restricciones verticales no exentas con arreglo al presente Reglamento”.art.2.4. “Acuerdos verticales que contengan disposiciones sobre Derechos de Propiedad Intelectual (DPI)”:

Art. 5.3 del REGLAMENTO (UE) NÚM. 220/2010, “No obstante lo dispuesto en el apartado 1, letra b), la exención prevista en el artículo 2 se aplicará a cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios cuando se reúnan las siguientes condiciones: a) se refiera a bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales; b) se limite al local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual; c) sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador; d) y siempre y cuando la duración de dicha cláusula de no competencia se limite a un período de un año tras la expiración del acuerdo”.

<sup>194</sup> SAP de Madrid nº230/2015, de 27 de junio (ROJ: SAP M 11861/2015; Id. Cendoj: 28079370142015100235); Recurso: 269/2015; Ponente: Sagrario Arroyo García. Fundamento de Derecho Tercero:

*“(…) nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.”... Siguiendo en este análisis resulta que el contrato de franquicia no es contrato de adhesión en el más puro sentido del término. La estructura piramidal de la franquicia, y la necesidad de que las prestaciones sean homogéneas y uniformes en toda la red de franquicias nos llevan a pensar que la predisposición de las cláusulas no incurre plenamente en las sanciones de los contratos de adhesión. Téngase presente que el Art. 62 de la Ley del Comercio Minorista impone al franquiciador una serie de obligaciones de información precontractual, para que el futuro franquiciado sepa y tenga conciencia clara de las*

por imperativo legal un deber de informar del franquiciador, se compensa en parte la capacidad de negociación de dichas cláusulas. Cabe considerar que, en contratos de franquicia, donde se dan fuertes asimetrías de información y de poder, si el franquiciado quiere la franquicia deberá firmar el contrato tal cual esté prerredactado, sin posibilidad alguna de negociar, con o sin art. 62 LOCM. Debemos destacar las siguientes afirmaciones de dicha Sentencia:

- a- No se puede declarar la nulidad por abusividad de las cláusulas fundamentada en la Ley 77/1989 LCGC, dado que el franquiciado no puede asimilarse a un consumidor.
- b- Nada impide que un tribunal declare la nulidad de una condición general, contenida en un contrato entre empresarios, que haya sido considerada abusiva, si esta es contraria al principio de la buena fe y causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

El control de contenido de este tipo de cláusulas en los contratos entre empresarios, como sería el caso de las franquicias, no parece que pueda ser ejercido a través de una norma específica en nuestro derecho, dado que los arts. 5 y 7 de la LCGC y los arts. 59.3 y 80 del TRLGDCU establecen de forma clara que, si bien el control de incorporación es aplicable a todo tipo de relaciones, ya sean mixtas o entre empresarios, en lo que respecta al contenido, el art. 8.2 de la LCGC, relativo a la nulidad de las cláusulas abusivas, lo limita a las relaciones entre empresarios y consumidores.

No obstante, en las relaciones entre empresarios, ante el rechazo de la aplicación analógica de la cláusula general del art. 8.2 LCGC, la alternativa según la jurisprudencia del Tribunal Supremo la encontramos en los arts. 1255, 1256 y 1258 el CC. De estos, el último es el que resulta más apropiado para poder dar una solución jurídica a las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión, basado en el principio de buena fe del art. 7 CC.

---

*obligaciones que va a contraer, si es que se decide a ello, y de esa forma se compensa la reducción de la capacidad de negociación de las cláusulas estandarizadas para toda la red de franquicias".*

Así lo manifiesta la SAP de Burgos nº572/2017, de 29 de diciembre 2017<sup>195</sup>, en un supuesto de cláusulas abusivas insertadas en un contrato de franquicia.

La Resolución núm. 119/95, de 18 de julio de 1995, del Tribunal de Defensa de la Competencia, plantea un caso de cláusulas abusivas en relación con un contrato de adhesión entre *McDonald's* y un franquiciado, viniendo a clarificar el tratamiento jurídico de las cláusulas abusivas en el ámbito entre empresas y en este caso entre una gran franquiciador como es *McDonald's* y un empresario individual, viniendo a manifestar lo siguiente:

- a- “El contrato de franquicia es un contrato atípico cuya definición se encuentra en el Reglamento CEE 4087/88 de 30 de noviembre y que se caracteriza por una posición de marcada subordinación del franquiciado al franquiciador: es más bien un instrumento de la política comercial del franquiciador quien fija los términos de la relación y ejerce un estricto control sobre los miembros de la red, por lo que puede considerarse como un contrato de adhesión”.
- b- “*McDonald's* ostenta posición de dominio, por lo que son de aplicación analógica las normas comunitarias sobre abuso de posición de dominio; estas normas no se pueden aplicar directamente porque el recurrente no actuó como consumidor o usuario”.

---

<sup>195</sup> En este sentido SAP de Burgos 572/2017, de 29 de diciembre (ROJ: SAP BU 1120/2017; Id. Cendoj: 09059370032017100451). Recurso: 365/2017; Ponente: José Ignacio Melgosa Camarero. Fundamento de Derecho. Fundamento de Derecho Sexto:

*“En tal sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo -en especial la Sentencia 367/2016 de 3 de Junio , fundamento quinto- tiene establecido que en los contratos que incluyan condiciones generales, no negociadas individualmente, si el adherente no es consumidor, pese a no ser aplicable la normativa sobre protección de consumidores sobre cláusulas abusivas, la validez y eficacia de la cláusula en cuestión debe ser sometida a control, conforme lo solicitado por las partes, desde una perspectiva de las normas y principios generales de todo contrato, y entre ellas la exigencia de buena fe contractual y la proscripción de abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo ( art. 7 CC). Y aquí hemos de señalar que el art. 1152 CC en su párrafo segundo dispone que sólo podrá ser exigible conforme las disposiciones del Código Civil, y entre ellas está el art. 7 que dispone que todo derecho se ejercitará conforme la buena fe”.*

- c- “Para valorar las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión son de aplicación los arts. 1255 y 1256 del Código Civil y para valorar el contexto económico hay que contemplar todas las relaciones contractuales entre el franquiciado y el grupo *McDonald's*, a la luz de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Defensa de la Competencia”.
- d- “El derecho a ocupar el local por el franquiciador como causa de extinción del contrato de franquicia y la renuncia por el franquiciado a reclamar daños y perjuicios, lo considera contrario art. 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia; además, permite al franquiciador reducir libremente el número de miembros de la red y limitar así la distribución”.
- e- “Prohibición de instalar aparatos que funcionan con monedas en las instalaciones de restaurante. Supone subordinar la celebración de la franquicia a la aceptación por el franquiciado de prestaciones suplementarias que no tienen relación con el objeto del contrato, con lo que se vulnera el art. 61.e de la LDC”.
- f- “Renuncia de acciones legales contra *McDonald's* por destrucción de materiales, por robo y por accidentes. Es contraria a la Constitución Española”.
- g- “Pago de suma por garantía de depósito que se devuelve sin interés al franquiciado cuando este haya pagado las sumas que puede deber por obligaciones derivadas de la explotación del restaurante. Tiene carácter abusivo porque prolonga durante un año la retención, constituye una prenda irregular y no produce interés”.
- h- “Prohibición de competir sin consentimiento del franquiciante. Incumple el art. 3.1.c) y d) del Reglamento CEE 4087/88. Cláusula de sumisión a los Tribunales de Madrid, que resulta abusiva y onerosa para el recurrente que tiene su residencia y centro de actividad en Santa Cruz de Tenerife”.
- i- “Del contrato de cesión. El establecimiento de la responsabilidad solidaria del franquiciado con *McDonald's* Canarias S.A. respecto de las obligaciones cedidas a la compañía ya que rompe el equilibrio contractual”.
- j- “Del contrato de *Joint Venture*: La cláusula de cesión a *McDonald's* de las ideas que desarrolla el franquiciado supone un abuso del derecho por *McDonald's* y limita la distribución y el desarrollo técnico”.
- k- “La obligación de no transmitir las acciones a quien no esté dispuesto a celebrar un contrato en idénticas condiciones contradice la esencial transmisibilidad de las

acciones del régimen jurídico de las sociedades anónimas. La cláusula de arbitraje por el Tribunal Arbitral de Barcelona resulta abusiva por las mismas razones que la cláusula de sumisión a los Tribunales de Madrid”.

Cabe destacar también la Resolución núm. 527/01, de 21 de octubre del 2002, del mismo Tribunal de Defensa de la Competencia, cuando viene a afirmar que:

“La infracción del art. 1.1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (derogada por Ley 15/2007) en los contratos de franquicia de Servicio Oficial de REPSOL BUTANO por incluir la prohibición expresa recogida en el artículo 5. apartado b) del Reglamento CEE 4087/88 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de franquicia traspuesto al ordenamiento nacional por el RD 157/92 (actualmente derogado por el RD 378/2003), al impedir al franquiciado abastecerse de productos de calidad equivalente a los ofrecidos por el franquiciador. El acuerdo restrictivo es imputable a REPSOL BUTANO y a sus Servicios Oficiales, siendo REPSOL BUTANO responsable de la citada práctica”.

La Sección 4 del Capítulo 9. Contenido y efectos del contrato del MCR se refiere al desarrollo normativo de las “Cláusulas abusivas”, nada desconocidas en los contratos de franquicia y principalmente a los de adhesión que por la asimetría de la información y de la fuerza o capacidad negociadora de las partes, facilita la inclusión de este tipo de clausulado en los contratos.

Lo relativo a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios, está regulado en el art. II-9:405, determinando que solo tendrá este carácter “si forma parte de cláusulas estándar predisuestas por una de las mismas y resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos”.

El MCR va en este sentido más allá del resto de la normativa comunitaria, que al tratar de cláusulas abusivas se refiere a las relaciones entre empresarios y consumidores. Si bien, siguiendo la normativa del derecho alemán, establece un control “limitado” si lo comparamos con el referido a consumidores o a particulares.

Al igual que para el caso de cláusulas abusivas con consumidores, su ámbito de aplicación se limita a las cláusulas estandarizadas, refiriéndose, , en este caso, a las condiciones



generales de la contratación preformuladas por el predisponente o por orden suya, para ser aplicadas a una pluralidad de contratos.

El MCR en el art. II-9:407 fija unos criterios básicos para determinar si una cláusula puede considerarse abusiva. Y lo hace refiriéndose, entre otros aspectos, al deber de transparencia, a la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, a las circunstancias concurrentes en la celebración del contrato, a las demás cláusulas contractuales y a las contenidas en eventuales contratos conexos<sup>196</sup>.

En derecho alemán, al igual que en el MCR, es fundamental a efectos de la consideración de una cláusula abusiva, el nivel de transparencia de dicha cláusula, por lo que es determinante la forma en que se ha redactado. De tal manera que, a menor claridad mayor será el potencial perjuicio del adherente, que no la ha podido negociar<sup>197</sup>.

Y finalmente el art. II-9:408 “Efectos de las cláusulas abusivas”, concreta en dos los efectos que puede producir la consideración de una cláusula como abusiva: El primero, es que esta cláusula “no será vinculante para la parte que no la dispuso” y el segundo es que “si el contrato puede ser mantenido razonablemente sin la cláusula abusiva, las otras cláusulas seguirán siendo vinculantes para las partes”.

Así podemos considerar que el MCR nos ofrece un planteamiento sobre las cláusulas abusivas bien pensado y un buen ejemplo de ello es el contenido de la Resolución núm. 119/95, de 18 de julio de 1995, del Tribunal de Defensa de la Competencia, sobre el *Caso*

---

<sup>196</sup> art. II-9:407 MCR: Factores a tener en cuenta para valorar el carácter abusivo de las cláusulas (1) A efectos de la presente Sección, para valorar si una cláusula contractual resulta abusiva deberá tenerse en cuenta el deber de transparencia establecido en el Artículo 9:402 (Deber de transparencia en las cláusulas no negociadas individualmente) del Libro II, así como la naturaleza de lo que se proporciona a través del contrato, las circunstancias concurrentes al tiempo de su celebración, y el resto de sus cláusulas o las cláusulas de cualquier otro contrato del cual dependa éste.

(2) A efectos del Artículo 9:403 (Significado de «abusivo» en los contratos entre empresarios y consumidores) del Libro II, las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato incluyen la oportunidad real que tuvo el consumidor de conocer la cláusula antes de la celebración del acuerdo

<sup>197</sup> El vigente 307.1 BGB, en relación con el control del contenido, determina que “un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula este redactada de forma no clara e incomprensible”.

*McDonald's*, en la que tras analizar el clausulado de su contrato de franquicia, se pone de manifiesto que se está ante un verdadero contrato de adhesión, con CGC y cláusulas abusivas, y que el franquiciado debería estar protegido por ley, valoración que se podría hacer extensiva a la mayoría de los contratos de franquicia en los que el franquiciador es una gran empresa.

A nuestro juicio, el legislador nacional no debería obviar esta realidad, tal como no lo hace el Tribunal de Defensa de la Competencia.

## E- CLÁUSULAS DE RETROCESIÓN

Estas son cláusulas de carácter “accesorio, necesario y proporcional” dentro del ámbito de un contrato de franquicia<sup>198</sup>, las cuales consisten en la obligación que se le impone al franquiciado de comunicar al franquiciador los resultados obtenidos a través de la explotación de la franquicia que pueden permitir mejorar el modelo de negocio del franquiciador, con la finalidad de conceder a dicho franquiciador y a otros franquiciados una licencia no exclusiva de dichos derechos.

MARTÍ MIRAVALLS<sup>199</sup> analiza este tipo de cláusulas, concluyendo que, “a las cláusulas de retrocesión se les reconoce carácter accesorio, necesario proporcional dentro del seno de un contrato de franquicia. La transmisión de mejoras técnicas conseguidas por el franquiciado al franquiciador beneficiará también a todos los franquiciados de la red, mejorando por tanto su competitividad”. GALLEGO SANCHEZ añade que “si bien, no

---

<sup>198</sup> “Su carácter accesorio también venía reconocido por el art. 3.2 b) del REGLAMENTO (CEE) 4087/88 de la Comisión de, de 30 de noviembre 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia”,

<sup>199</sup> MARTÍ MIRAVALLS, J. (2007). Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXVIII*, 341-369. En esta misma línea argumental Massaquer Fuentes, J. (1991). El contrato de licencia de *Know How*. Gallego Sanchez, E. *La franquicia. Estudio jurídico práctico*. Madrid: Trivium. Pág. 52.

existe ninguna obligación legal en la que, a falta de pacto expreso, pueda fundamentarse esta obligación, de ahí la importancia de incluir la cláusula específica en el contrato”

Sobre la justificación anti concurrencial de esta cláusula se pronunció la Decisión de la Comisión de 9 de junio de 1972 (*Caso Raymond Nagoya*<sup>200</sup>) entendiéndose que dicha cláusula constituye una exigencia de la explotación del *know how* a través de negocios jurídicos, pues estando, por naturaleza, el *know how* en continua evolución, en el contrato se debe establecer un flujo de comunicación de tecnología en el que se asegure el acceso mutuo a las innovaciones que se generen con el *know how* en tanto que son de interés de ambas partes.

A título de ejemplo, es interesante conocer, que el mejor y más conocido producto de *McDonald's* lo inventó un franquiciado, que con cláusula de retrocesión o sin ella, pero con el permiso del franquiciado, pasó a ser utilizado por la franquiciadora *McDonald's* en todo el mundo, llegando a ser un producto universal. Alcanzando tal nivel de relevancia y popularidad que, hoy en día su precio constituye el “Índice Big Mac”, siendo una forma de analizar la paridad del poder adquisitivo entre dos monedas de dos Estados, representando un indicador del coste de la vida y del poder adquisitivo de sus habitantes.

La cláusula de retrocesión puede tener dos modalidades: 1) la “*assignment back*”, por la cual se obliga al franquiciado a ceder al franquiciador el derecho de la propiedad industrial de sus innovaciones conseguidas a partir del *know how* del franquiciador y 2) la “*Licence back*”, en la que la obligación consiste en la cesión de una licencia para la explotación del *know how* de las innovaciones por él conseguidas. Las Directrices 2000 reconocen la licitud de las “*Licence back*” con la condición de que no sea en exclusiva, pero no de la “*Assignment back*” ni de las “*Licence back*” en exclusiva, que en el ámbito comunitario han sido consideradas como cláusulas contrarias al Derecho de la Competencia.

Cabe considerar la aplicabilidad de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales y también del contenido del art. 322.11.1 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, en relación con la violación de secretos, cuando dice: “Se considera

---

<sup>200</sup> COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA (1972) Caso Raymond-Nagoya, IV/26.813.

desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva o ilegítimamente a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el art. 322-12”, añadiendo en el apartado 4. “No obstante será preciso que la divulgación, explotación o adquisición estén encaminadas a obtener un provecho, propio o de un tercero, o perjudicar al titular del secreto”.

Supuesto que se aplicaría en los casos de divulgación indebida de aquella información sensible o confidencial del franquiciador, adquirida durante la fase precontractual, efectuada de tal manera que reúna los requisitos del tipo.

Las Directrices relativas a las restricciones verticales 2010/C 130/01 de la Comisión Europea aceptan que el franquiciador introduzca cláusulas de retrocesión sin vulnerar la Ley 15/2007 DC, ya que considera que dichas cláusulas están cubiertas por el Reglamento de Exención por Categorías<sup>201</sup>.

## **F- CLAÚSULAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA**

Durante la fase precontractual las partes se intercambiarán informaciones, algunas de las cuales, se referirán al contenido del futuro contrato. Contrato que será redactado por el franquiciador y que será poco o nada negociable, dada la asimetría informativa y de poder que suele darse en este tipo de contratos. Es recomendable que el franquiciado analice cuidadosamente el clausulado del futuro contrato para averiguar qué cláusulas pueden

---

<sup>201</sup> Art. 2.4. de las “Directrices relativas a las restricciones verticales 2010/C 130/01 de la Comisión Europea de 19 de Mayo del 2010”.

“Por lo general, se considera que las obligaciones siguientes relacionadas con los DPI son necesarias para proteger los Derechos de Propiedad Intelectual del franquiciador y, si tales obligaciones se encuadran en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, están amparadas por el Reglamento de Exención por Categorías”:

“d) la imposición al franquiciado de la obligación de comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y de conceder esta al franquiciador y otros franquiciados una licencia no exclusiva para los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia”;

afectar a sus derechos e intereses como empresario, basado en el principio de “libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” que propugna el art. 38 de la CE. Efectos que tendrán lugar una vez perfeccionado el contrato y a lo largo de su vigencia.

#### **a- LA LEY 15/2007 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

El franquiciado deberá vigilar que el contrato no contenga cláusulas que, durante su vigencia e incluso después de esta, vulneren el derecho de la competencia y afecten a sus propios derechos e intereses.

La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, en su Preámbulo, viene a afirmar que la defensa de la competencia se constituye como un *“instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía”*.

En el art. 1 de la Ley 15/2007<sup>202</sup> se define qué es una conducta colusoria y se concreta qué acuerdos contractuales pueden conculcar la defensa de la competencia. Siendo de destacar que, a los efectos de la franquicia, el apartado 1. a) del precepto, referido a la fijación de precios por parte del franquiciador y que, en algunos casos, de forma acordada

---

<sup>202</sup> Art. 1 “Ley 15/2007 DC. Conductas Colusorias”

1. “Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”.

2. “Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley”.

se incorpora al contrato de franquicia, fijándose una fórmula para el cálculo del precio y en otros casos se fijan precios concretos.

Este supuesto suele generar conflictos cuando el franquiciado considera que sus precios no son competitivos y ve frustradas sus expectativas de ventas y de resultados. En algunos casos, dichos franquiciados han conseguido sentencias favorables por parte de los Tribunales. La muy interesante STS, Sala de lo Civil, nº567/2009, de 30 de julio de 2009<sup>203</sup> trató este asunto y vino a manifestar lo siguiente:

- a- Da por buena la petición de nulidad contractual por imposición de precios de venta a través del contrato de franquicia.
- b- Le recrimina a la AP el haber aplicado normativa comunitaria y normativa interna, sin darles un tratamiento de normas independientes y autónomas.
- c- Se atribuye la competencia para conocer de la nulidad de los contratos civiles con base en una infracción del art. 1 LDC a los tribunales civiles y a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, para garantizar el orden constitucional en el sector de la economía del mercado, en atención al interés público.
- d- La fijación de precios es también una cláusula prohibida por el art. 85.1 del TFUE.
- e- En derecho europeo la nulidad se aplicaría a la cláusula referida y solamente se aplicaría a la totalidad del contrato si este pierde la esencialidad sin dicha cláusula. En derecho nacional, cabe la nulidad parcial, por el principio de conservación del

---

<sup>203</sup>STS 567/2009, de 30 de Julio (ROJ: STS 5933/2009; Id. Cendoj: 28079110012009100605). Recurso: 72/2005; Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández. Fundamento de Derecho Primero: “La nulidad apreciada por la Sentencia expuesta se fundamenta, fácticamente, en la imposición de precios por la franquiciadora a la franquiciada, no limitándose aquella a una mera recomendación, sino que cada año remitía una lista de precios a aplicar, sin que obste el hecho de que con respecto a determinados objetos de la franquicia se fije sólo un mínimo, o un mínimo y un máximo, lo que no enerva la vulneración normativa”.

“La existencia del Derecho Comunitario de la competencia no es obstáculo para la efectiva aplicación del Derecho nacional, sin perjuicio de la aplicación prevalente a que resulta incuestionable la competencia de los tribunales civiles para conocer de la nulidad de los contratos civiles con base en la existencia de cláusulas restrictivas de la competencia”.

negocio, pero también cabe la total como se apreció en este caso, dado que, al afectar a las ventas, también se afectaba a los *royalties* a pagar, parte esencial del contrato.

- f- Como consecuencia de la nulidad, se acepta la aplicación del art. 1303 CC en vez del 1306 CC, con restitución mutua de las cantidades pagadas.

El resarcimiento a que tiene derecho la parte perjudicada se fundamenta en acciones como: la cesación de la conducta desleal, la remoción de los efectos producidos, el resarcimiento de los daños y perjuicios y la de enriquecimiento injusto.

A nivel comunitario el derecho de la competencia lo encontramos regulado en el art. 101 TFUE, en las Directrices de la Comisión 2010/C 130/01 de la CE y en el Reglamento 330/2010 de exención por categorías.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, actualmente en tramitación parlamentaria, en su art. 310.2.1, relativo al ámbito objetivo del derecho de la competencia y de la propiedad industrial y, concretamente, de los principios generales en materia de competencia, se establece que “las normas de competencia serán de aplicación a las conductas que con fines concurrenciales se realicen en el mercado, antes, durante o después de la operación comercial”.

El mencionado Anteproyecto de Ley de Código Mercantil regula lo relativo al derecho de la competencia y de la propiedad industrial en el Libro Tercero, previendo entre otras cosas que, “se aplicará a los operadores del mercado y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado” (art. 310.3), siéndoles por tanto de aplicación también a las partes de un contrato de franquicia.

En el mencionado APLCM se establece en su art. 321.1.1 una cláusula general que establece que: “Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las buenas exigencias de la buena fe “. Refiriéndose, por tanto, la aplicación de este principio a aquellas conductas de competencia desleal previas a la celebración del contrato y, por tanto, durante la fase precontractual.

El art. 322.2.1, referente a los actos de engaño, determina que “se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las

personas a las que se dirige o alcanza y distorsionar su comportamiento económico”. Y el art. 322.3 en relación con las omisiones engañosas, determina que “una omisión es engañosa cuando el empresario omita información sustancial que, en atención al contexto fáctico y a las limitaciones del medio de comunicación, así como a las medidas adoptadas para proporcionar esa información por otros medios, necesite el destinatario medio para tomar una decisión sobre una operación comercial con el debido conocimiento de causa”. “Cuando concurren las circunstancias indicadas en el párrafo anterior, se equiparará a la omisión engañosa la ocultación de información sustancial y su presentación de manera no clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea adecuado, o de forma que no se dé a conocer el propósito comercial de la comunicación en cuestión”.

Por ello, consideramos, que serían subsumibles en estos tipos aquellas conductas relativas a la información precontractual de carácter comercial para la captación de franquiciados, que por su naturaleza o por la forma en que se transmiten, sea que por acción u por omisión, pueden inducir al error.

#### **b- LA LEY 3/1991, DE COMPETENCIA DESLEAL**

Tanto el ordenamiento jurídico comunitario como el nacional disponen de un derecho represor de la competencia ilícita desleal, dado que, en el tráfico empresarial, se pueden generar ciertos escenarios en que, aunque existiendo la libertad de empresa que promulga el art. 38 CE, excluyen o limitan su actuación.

Se trata, por tanto, de aquella competencia que no toma en consideración aquel estándar de conducta que exige el principio general de la buena fe en sentido objetivo. El interés protegido con esta norma es la existencia de una competencia leal en el tráfico mercantil, protegiéndose a empresarios y a consumidores.

BROSETA PONT y MARTINEZ SANZ<sup>204</sup> manifiestan, en relación con el interés tutelado, que “El Derecho de la competencia desleal perseguirá ciertas conductas que,

---

<sup>204</sup> BROSETA PONT, M. MARTÍNEZ SANZ F.. (2020). *Manual e Derecho Mercantil*. Op. Cit, Tecnos. Pág. 169.



implicando verdadera competencia, rebasan determinados límites que establece el ordenamiento (concretamente, se trataría de conductas contrarias a los buenos usos en materia comercial, o a las exigencias de la buena fe según el modelo de regulación que se adopte)”.

la prohibición de la competencia ilícita y la obligación de actuar en el mercado conforme a unas formas leales de conducta de acuerdo con la buena fe, se justifican teniendo en cuenta que un acto de competencia desleal perjudica un bien o un interés jurídicamente digno de tutela”.

Nuestro ordenamiento jurídico regula lo referido a la competencia desleal a través de la Ley 3/1991 CD, posteriormente modificada por la Ley 29/2009, “por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios”, para transponer la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas desleales de las empresas en relación con los consumidores.

La Ley 3/1991 CD quiere proteger la honradez en la disputa competitiva que mantienen los empresarios en un mercado determinado e intenta evitar cualquier práctica que intente desvirtuar el principio de libertad de competencia, alterando el funcionamiento competitivo del mercado.

Según el preámbulo de esta Ley, con ella se pretende dar respuesta al requerimiento de la Constitución Española de 1978 que “hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. La institución de la competencia, para a ser así el objeto directo de protección.”

La finalidad de la Ley queda definida en el art. 1 de la Ley 3/1991, estableciendo que, “esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad.”.

El art. 2 LCD<sup>205</sup>, que hace mención del ámbito objetivo de la Ley, abre la posibilidad a que los ilícitos de competencia desleal puedan ser realizados en la fase precontractual. Y en relación con el ámbito subjetivo cabe su aplicación en la relación entre empresarios, como sería el caso de las franquicias.

El art. 4 LCD contiene una Cláusula General, por la que se reputa como desleal “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe”. En este sentido, MENENDEZ PELAYO<sup>206</sup>, en relación a este precepto, manifiesta que “considerando la amplitud de su configuración, hay que entender que el precepto extiende su área de protección, no solo a las conductas culposas sino cualquier comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”.

Y considerando un comportamiento activo, el art. 5 de la Ley 3/1991 CD<sup>207</sup> se refiere a los actos de engaño, entre los que se podría subsumir el supuesto de publicidad del franquiciador destinada a la captación de franquiciados, que contenga información falsa o bien, siendo veraz, pueda inducir a error. En este sentido, MENEDEZ Y ROJO<sup>208</sup> manifiestan que “para que un acto de esta naturaleza sea considerado desleal, es preciso que concurren las siguientes circunstancias: 1. Que se realicen unas afirmaciones que sean incorrectas o falsas, siendo el punto de referencia la verdad o la realidad objetivamente demostrable 2. Ha de existir un acto externo de difusión de esta información, como puede ser la publicidad, para que este sea relevante 3. Las aseveraciones que se formulen han de inducir a error a las personas a quienes van dirigidas. En este sentido cabe no solo la difusión de datos falsos sino también los que siendo verdaderos pueden inducir a error”.

---

<sup>205</sup> Art. 2.3 Ley 3/1991 CD: “La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que este llegue a celebrarse o no”.

<sup>206</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (2019). Lecciones de Derecho Mercantil. Pamplona. Thomson Reuters. Pág. 342.

<sup>207</sup> Art. 5. Ley 3/1991 CD. “Actos de Engaño: 1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos”.

<sup>208</sup> MENÉNDEZ, A. ROJO A. (2019). “Lecciones de Derecho Mercantil”. Op. Cit. Pág. 344.

En el ámbito de la franquicia, infringir la prohibición impuesta al franquiciado de no hacer competencia ni directa ni indirecta, durante o después de la celebración del contrato, conculcaría el art. 12<sup>209</sup> LCD, siendo en la práctica forense un conflicto muy habitual en relación con la aplicación de la Ley 3 /1991 de Competencia Desleal.

La vulneración de un pacto de exclusividad territorial activaría la aplicación del art. 32.1.6 LCD<sup>210</sup>, según el cual, el franquiciado perjudicado podría ejercer una acción por enriquecimiento injusto del franquiciador que vulnerase tal exclusividad.

Y el art. 25 LCD<sup>211</sup> regula las practicas engañosas por confusión, que serían aquellas en las que el franquiciado sin autorización del franquiciador, durante el contrato o a la finalización de este, abre otro establecimiento utilizando una marca similar, una imagen corporativa igual o similar vendiendo la misma categoría de productos, creando por tanto confusión entre los consumidores. En este sentido, la STS, Sala Primera, nº305/2017, de 17 de Mayo <sup>212</sup>, pone de manifiesto que para que sea aplicable dicho precepto, es

---

<sup>209</sup> Art. 12 Ley 3/1991 CD: explotación de reputación ajena: “Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado”. “En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como modelos, sistema, tipo, clase y similares”.

<sup>210</sup> Art. 32.1.6 LCD. “Acciones: 1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones: Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un Derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico”.

<sup>211</sup> Art. 25 LCD, “Prácticas engañosas por confusión: Se reputa desleal por engañoso promocionar un bien o servicio similar al comercializado por un determinado empresario o profesional para inducir de manera deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto”.

<sup>212</sup> STS, Sala Primera, nº305/2017, de 17 de mayo (ROJ: STS 1936/2017; Id. Cendoj: 28079110012017100305); Recurso: 2324/2014; Ponente: Pedro José Vela Torres; Fundamento de Derecho Cuarto:

“La acción de enriquecimiento injusto del art. 32.1. 6.ª LCD solo tiene cabida en el ámbito objetivo de dicha Ley. 1.- Conforme a lo expuesto, el incumplimiento de una obligación inter partes derivada de un contrato debe enjuiciarse mediante el ejercicio de las acciones previstas en

necesario tener en cuenta que “la acción de enriquecimiento injusto prevista en dicho precepto presupone necesariamente la comisión de un acto de competencia desleal”, ya que la simple vulneración de una obligación contractual de exclusividad territorial no estaría sujeta a la LCD, dado que se debería estar a lo estipulado en los arts. 1254, 1255, 1257, 1258, 1101 y 1124 del Código Civil, ya que los incumplimientos contractuales no pueden considerarse como un incumplimiento o acto de competencia desleal que contempla el ámbito objetivo del art. 2 LCD, por el hecho de que la “deslealtad de dichas conductas nace de la contravención de deberes generales de conducta y en principio no de una vulneración de una cláusula contractual”.

## **4. EL PROCESO DE ADHESIÓN A UNA RED DE FRANQUICIAS**

### **4.1 CONSIDERACIONES GENERALES**

La decisión de adherirse a una cadena de franquicias se origina en aquella persona dotada de un espíritu emprendedor que, ante la opción de poner en marcha un negocio propio, desarrollando previamente en su totalidad un modelo de negocio, decide descartar tal opción y adherirse a una cadena de franquicias. Dándose también el caso de una persona que, no teniendo espíritu emprendedor, y encontrándose en una situación de parado laboral, decide buscar una forma de autoempleo a través de la franquicia. En los dos supuestos el futuro franquiciado, como empresario jurídica y económicamente independiente, asumirá el coste de la inversión y el riesgo del negocio.

---

la legislación civil y mercantil sobre obligaciones y contratos. Sin que sea procedente el ejercicio de las acciones propias de la legislación de competencia desleal. 2.- Aunque el art. 32.1. 6.ª LCD se refiera a la lesión producida por la vulneración de un Derecho de exclusiva, no es aplicable a cualesquiera infracciones de pactos de exclusiva o no concurrencia, sino únicamente a aquellos que se encuentren dentro del ámbito objetivo de la propia Ley de Competencia Desleal, entre los que no están los relativos al incumplimiento por una parte del compromiso contractual de no concurrencia pactado con otra. Es decir, la acción de enriquecimiento injusto prevista en dicho precepto presupone necesariamente la comisión de un acto de competencia desleal”.

Lo primero que debe hacer el franquiciado es llevar a cabo las averiguaciones necesarias para conocer en qué consiste la franquicia, en qué sector pretende operar, en qué mercado y con qué enseña. En segundo lugar, deberá plantearse una serie de preguntas que le ayuden a conocer si reúne las condiciones para emprender un negocio de franquicia que, sin ánimo de exhaustividad, serían las siguientes:

- a- ¿En qué sector de actividad quiero que esté mi franquicia?
- b- ¿A qué cadena quiero adherirme y por qué?
- c- ¿Voy a ser capaz de gestionar un negocio franquiciado?
- d- ¿Qué inversión necesitaré y que costes tendré por pertenecer a una franquicia?
- e- ¿Qué ventajas, inconvenientes y riesgos tiene adherirse a una cadena de franquicias?

Actualmente, existe una gran oferta de franquicias, estando presentes en muchos de los sectores de la actividad económica de un país, encontrándose enseñas tanto nacionales como internacionales, grandes y pequeñas, con marcas muy conocidas y poco conocidas, requiriendo mucha o poca inversión, caras y baratas. En definitiva, un universo de ofertas que el futuro franquiciado deberá explorar con mucha cautela para no equivocarse en su elección.

Además, encontraremos también empresas grandes, solventes, organizadas y rentables junto a otras pequeñas, con pocos recursos organizativos, pero con muchas expectativas de crecimiento y rentabilidad. En estas últimas, el futuro franquiciado deberá actuar con mucha cautela porque existe el riesgo de que después de haber realizado las inversiones requeridas y puesto en marcha su franquicia, resulte que ni vende lo que esperaba, ni crece tanto, ni es todo lo rentable que le habían dicho. Normalmente, las primeras tendrán los cánones de entrada y los *royalties* más altos que las segundas.

El proceso que normalmente seguirá un futuro franquiciado en la búsqueda de una franquicia constará de diferentes fases, siendo relevante según nuestro criterio, el hecho de que “a veces lo barato sale caro”, ya que franquicias que se ofrecen con cánones y *royalties* bajos, pueden ser indicación de que están en una fase muy inicial con mucho por construir, o tienen una rentabilidad muy baja o el franquiciador está necesitado de financiación y necesita captar franquiciados para, a través del canon de entrada, conseguir ingresos de forma inmediata.

## 4.2 CONOCIMIENTO DE LA FRANQUICIA

En primer lugar, un futuro franquiciado debe estar convencido de que la mejor opción que tiene para realizar la actividad empresarial a la que aspira, en el sector que más le interesa o le atrae, es la de adherirse a una cadena de franquicias. En segundo lugar, es necesario para él conocer qué es y qué representa el hecho de adherirse a una cadena de franquicias para poder aprovecharse de una marca reconocida y de un modelo de negocio.

La realidad es que muchos de los franquiciados que se adhieren a una cadena lo hacen sin disponer de la información necesaria y sin haber hecho todas las averiguaciones que se requiere para minimizar el riesgo empresarial, siendo, en muchas ocasiones, esta falta de diligencia la causa por la que frustran las expectativas generadas.

Otra reflexión que debe hacerse un futuro franquiciado es si se atesora las cualidades y/o habilidades necesarias para gestionar un negocio franquiciado que, en definitiva, es una empresa con toda su problemática: personal, financiera, administrativa, organizativa, de aprovisionamiento, comercial, etc.; teniendo que combinar las directrices impuestas por el franquiciador con las iniciativas propias que proporcione su experiencia y sus cualidades como empresario<sup>213</sup>.

## 4.3 SELECCIÓN Y TOMA DE CONTACTO

Aunque a veces es el azar o el entusiasmo generado por un comercial de una empresa franquiciadora en el contexto de una feria de franquicias o en otro foro comercial lo que determina la elección de la franquicia por el futuro franquiciado, claramente este no debería ser el método a seguir para la elección de la franquicia. El franquiciado deberá seguir un proceso meditado y riguroso que minimice el riesgo de error en su elección,

---

<sup>213</sup> Al respecto, la CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN, (1992). *Guía de la franquicia, 3ª Edición*. Valencia, Págs. 188-189.

destacando las siguientes averiguaciones, en relación con el sector y la franquicia que le pueda interesar<sup>214</sup>:

- a- Analizar cuál es el sector que más le puede interesar por: crecimiento, novedad, rentabilidad, tamaño, oportunidades, saturación de marcas franquiciadas, nivel de madurez, etc.; para poder conocer si está en una fase inicial o de crecimiento, de no crecimiento o de decrecimiento.
- b- Qué franquicias presentan productos o servicios innovadores que marquen una diferencia y que gocen de las preferencias de los consumidores.
- c- Cuáles son las franquicias que disponen de las marcas más conocidas y notorias dentro de un sector.
- d- Conocer cuál es la percepción de los potenciales clientes del mercado de la franquicia seleccionada, su imagen de marca, calidad de sus productos y servicios, frecuencia de compra, etc.
- e- Averiguar sobre la estructura y composición de la red de la franquicia: número de establecimientos propios y franquiciados, localización, antigüedad, cierres, etc.
- f- Comprobar en la Oficina Española de Patentes y Marcas si la enseña elegida tiene debidamente registrada la marca y los DPI. Puede ocurrir que un franquiciador internacional con marcas muy renombradas las tenga registradas en algunos países, pero en otros no.
- g- Averiguar si el franquiciador ha estado o está inmerso en conflictos judiciales con sus franquiciados o terceros, como trabajadores, proveedores, etc.
- h- En relación con el modelo de negocio de la franquicia seleccionada: capacidad de facturación, rentabilidad, inversión requerida, número de empleados que se precisa contratar, proveedores, soporte de asistencia técnica por parte del franquiciador, cánones y *royalties* a pagar, etc.
- i- Comprobar la situación financiera del franquiciador a través de agencias de información financiera empresarial, entidades bancarias, etc. Es importante que este tenga un nivel de solvencia suficiente que pueda garantizar sus compromisos de futuro.

---

<sup>214</sup> NAVARRO GARCÍA, A., RODRÍGUEZ RAD, C. J., & SÁNCHEZ DEL RÍO VÁZQUEZ, M. E. (2018). Análisis sectorial del sistema de franquicia español. In R. V. J.A. Trespalacios Gutiérrez, Nuevos horizontes del marketing y de la distribución comercial. Oviedo: Cátedra Fundación Ramón Areces de Distribución Comercial. Pág. 313.

- j- Verificar la pertenencia del franquiciador a asociaciones nacionales e internacionales del sector de la franquicia. Algunas de ellas tienen códigos deontológicos que estos deben respetar; si bien, algunas de las grandes enseñas internacionales no pertenecen a ninguna asociación.

En definitiva, se trata de tener el máximo de información sobre el mercado donde vaya a operar la futura franquicia, de las franquicias que operan en el mercado donde se va a implantar, de la franquicia que hayamos escogido y del franquiciador, contrastando la información que ha obtenido de diferentes fuentes, para concluir que esta es coherente y no muestra ninguna disconformidad sustancial.

Las empresas franquiciadoras más importantes no están adheridas a las asociaciones de franquiciadores y el franquiciado se puede encontrar con un cierto hermetismo a la hora de intentar conseguir información veraz de determinadas fuentes.

Una vez se tiene una primera información sobre el franquiciador o enseña objetivo, el futuro franquiciado se pondrá en contacto con este para solicitarle toda la información a la que está obligado por ley, más la adicional que se considere necesario para poder tomar la decisión de contratar o de no hacerlo.

No obstante, conviene advertir que la información proveniente del franquiciador puede estar sesgada, cuando hay un interés más orientado a ingresar dinero fácil y rápido a través de los cánones de entrada, que a crear una red de establecimientos sólida y rentable. Luego, es importante y necesario que la información se contraste con otras fuentes. Se trata de ser precavido y evitar el riesgo de sufrir sorpresas desagradables, en el sentido de que lo que se le prometió o vendió, a la hora de la realidad no se cumple, no existe o no es verdad. En definitiva, se trata de evitar ser víctima de un engaño o un fraude.

#### **4.4 ANÁLISIS DEL MERCADO DE FRANQUICIA**

El futuro franquiciado debe hacer las correspondientes averiguaciones en relación con el mercado en el cual se va a implantar la franquicia, de la aceptación de los productos de la franquicia seleccionada en dicho mercado, de la imagen de la marca de la enseña y de las



posibles ubicaciones del establecimiento. En concreto debe realizar las siguientes actuaciones:

- a- Realizar un estudio del mercado en el cual se va a situar el establecimiento franquiciado: analizar la situación actual y su proyección de futuro, las predicciones de crecimiento, el nivel y la agresividad de la competencia actual y futura, los cambios en los hábitos de los consumidores, etc.
- b- Valorar la aceptación por parte del mercado en el que va a situar el establecimiento, de la gama de productos ofrecidos, grado de diferenciación respecto la competencia, nivel de competitividad de los productos, posibilidad de innovación, etc.
- c- Valorar la imagen de la franquicia: analizar las marcas comercializadas, su antigüedad, notoriedad y prestigio, la imagen corporativa, la opinión de los consumidores sobre la imagen de la cadena, etc.
- d- Explorar el mercado inmobiliario, para encontrar oportunidades de implantación y su coste (alquileres, traspasos). A mi criterio, la ubicación va a ser, junto al modelo de negocio, un elemento determinante para la rentabilidad de la franquicia. De hecho, en la práctica profesional del sector de la franquicia se considera que la ubicación del establecimiento va a representar el cincuenta por ciento del éxito o del fracaso de la franquicia, ya que ésta determinará la visibilidad de la marca y el número de clientes que entraran a consumir, estando en relación directa con el número de personas o potenciales clientes y tipología de estos, que pasan diariamente por delante del local comercial.

#### **4.5 ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA**

Durante la fase negocial de tratos preliminares, en virtud del art. 3 RD 201/2010<sup>215</sup>, el futuro franquiciado debe solicitar una estimación relativa de la información financiera de

---

<sup>215</sup> Art. 3 e) RD 201/2010: “En el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de previsiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, estas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados”.

la futura franquicia, concretada en una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha del establecimiento, así como una cuenta de resultados y balance de un establecimiento similar, aunque como hemos visto este no está obligado por ley.

La información referida a la cuenta de resultados genera un gran número de conflictos, dado que según como el franquiciador la explique a la hora de suministrarla, el franquiciado puede considerarla como un referente cierto. Y si en la fase inicial del establecimiento las cifras obtenidas son muy inferiores a las proyectadas, el perjudicado tratará de exigir que se declare la nulidad del contrato y el correspondiente resarcimiento por error invencible en la prestación del consentimiento.

Sin embargo, dicha pretensión raramente prosperará, ya que, en la mayoría de los casos los tribunales han desestimado estas pretensiones. A modo ilustrativo, citamos la SAP de Madrid 618/2007 de 6 de noviembre, la SAP de Madrid 504/2008 de 14 de Noviembre y la SAP de Madrid, nº319/2008, de 26 de septiembre 2018<sup>216</sup>, declarando esta última lo siguiente:

- a- “De acuerdo con el redactado del art. 3 e) del RD 201/2010, no existe una obligación de entrega de la información económica y financiera que se especifica en tal precepto”.
- b- “No puede fundamentarse una pretensión de nulidad contractual en la no recepción de tal información o de que dicha información no se correspondiese con la obtenida con posterioridad en el establecimiento franquiciado”.
- c- “En los negocios existe siempre un riesgo implícito del cual no puede responder el franquiciador”.

---

<sup>216</sup> SAP de Madrid 319/2018, de 26 de septiembre (ROJ: SAP M 14406/2018; Id. Cendoj: 28079370182018100311). Recurso: 452/2018; Ponente: María Guadalupe Jesús Sánchez. Fundamento de Derecho Cuarto:

Atendiendo al contenido del art. 3 RD 201/2010, la sentencia manifiesta que, “Es decir, la entrega de previsiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio no aparece como una obligación legalmente impuesta, sino como una posibilidad que puede llevar a efecto el franquiciador, y solo si el franquiciador así lo hiciera, en ese caso la norma legal especifica que deben dichas previsiones estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados”.

Para salvaguardarse de esta eventualidad, los franquiciadores suelen incorporar a los contratos una cláusula en la que se especifica que los datos financieros facilitados son una estimación y no representan una promesa cierta ni compromiso.

El futuro franquiciado debe disponer también de la información sobre la inversión total que va a necesitar para la apertura de un establecimiento y el detalle de tal inversión: el canon de entrada, el precio del traspaso de local, el importe de las fianzas, la renta del arrendamiento del local que va a tener que asumir o su precio en el caso de compra, el coste de las obras de adaptación del local, maquinaria, mobiliario, instalaciones, material de comunicación y publicidad, etc. En relación con este tipo de información USSIA<sup>217</sup> expone que “esta información va a resultar fundamental, para que el futuro franquiciado se decida por franquiciar con un franquiciador concreto. El volumen de inversión, la seguridad y la rentabilidad de la franquicia van a jugar un papel determinante a la hora de tomar una decisión”.

De todas formas y, según nuestro criterio, gran parte del éxito económico de la franquicia se deberá a las cualidades del local comercial que pueda conseguir dentro de su mercado objetivo, considerando además otros factores como la fuerza de la marca, las fortalezas del modelo de negocio y la inversión inicial.

#### **4.6 ANÁLISIS LEGAL DEL FRANQUICIADOR Y DE LA FRANQUICIA**

Con el objetivo de evitar la amarga experiencia de estar negociando una franquicia “vacía”, el futuro franquiciado deberá comprobar si el franquiciador está cumpliendo con todos los requisitos legales de una empresa organizada en España: permisos, licencias, registro de marcas y otros DPI, alta en la Seguridad Social, altas y declaraciones al día en los diferentes tipos de impuestos, cuentas auditadas y registro de cuentas e informes de auditoría, en el correspondiente Registro Mercantil si fuera el caso, etc.

---

<sup>217</sup> USSÍA, J. (1992). Las bases económicas y comerciales del desarrollo de la franquicia. En C. d. Valencia, *Guía de la franquicia*. Pág. 76 y ss.

Además de la información relativa al futuro contrato que, según el art. 3 g) RD 201/2010<sup>218</sup>, el franquiciador está obligado a entregar, sería aconsejable que las partes pactaran en dicho momento el clausulado general del contrato que se va a formalizar si la fase precontractual llega a buen fin para evitar discrepancias futuras.

Nuestra opinión al respecto es que dada la complejidad que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, tiene un contrato de franquicia, es importante que el futuro franquiciado, tal como aconseja la FTC de los EEUU, solicite asesoramiento de expertos legales y financieros para negociar dicho contrato.

#### 4.7 CASUÍSTICA EN EL PROCESO DE ADHESIÓN

En el momento de adhesión a una cadena de franquicias el franquiciado se puede encontrar con franquicias consolidadas con un modelo de negocio de éxito y con escasos o nulos conflictos con sus franquiciados, pero también se puede encontrar en situaciones como las siguientes:

- a- Falsas franquicias: como es el caso de aquellos franquiciadores que no han probado suficientemente el negocio en unidades piloto o que no tienen un *know how* suficientemente desarrollado, ni una estructura de servicio, ni una marca registrada y conocida, ni una buena gama de productos o servicios, etc. En definitiva, una vez firmado el contrato, el franquiciado descubre que el objeto de este es distinto con al que había formado su voluntad contractual.
- b- Falsas buenas franquicias: son aquellas que se desarrollan sobre productos o servicios adecuados y de éxito y sus franquiciadores son serios y honestos. Su negocio ha crecido con mucha rapidez, pero el franquiciador no conoce adecuadamente los factores del éxito de su modelo de negocio y, además, no lo tiene convenientemente estructurado para su adecuada transmisión al franquiciado.

---

<sup>218</sup> Art 3 g) del RD 201/2010: “Elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los derechos y obligaciones de las respectivas partes, duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo, contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia”.

De este modo, estamos ante un supuesto de una expansión empresarial que tiene como hándicap una deficiente dirección empresarial por parte de los franquiciadores, llegando a incurrir también una mala selección de los franquiciados.

- c- Franquicias en sectores de actividad de alto riesgo: son sectores con un alto nivel de competitividad donde ya operan muchos y grandes operadores, sectores con un mercado muy reducido, sectores muy maduros o en retroceso o sectores ligados a modas pasajeras.
- d- Franquicias muy caras: con cánones de entrada y *royalties* muy altos, precios altos de los productos de los proveedores de la cadena, lo que va a comportar unas mayores exigencias de facturación por parte de los franquiciados para poder obtener las rentabilidades esperadas.
- e- Franquicias con contratos desequilibrados: se caracterizan por una descompensación en los derechos y obligaciones de las partes, lo que suele originar falta de confianza y conflictos.
- f- Franquicias en las que existen permanentes conflictos entre el franquiciador y los franquiciados, basados fundamentalmente en incumplimientos contractuales o falta de rentabilidad de las franquicias.
- g- Franquicias que manifiestan problemas de adaptación de su modelo de negocio y producto con la cultura de consumo del país a franquiciar, dado el origen internacional de algunas cadenas.

#### **4.8 LA DUE DILIGENCE**

En el proceso de adhesión a un contrato de franquicias, se pueden llevar a cabo actividades preparatorias del contrato, que no tendrán la consideración de acuerdos, como es el caso de la *Due Diligence*.

La *due diligence* o “diligencia debida” es más una actividad, que un acuerdo propiamente dicho, si bien constituye de forma indudable una actividad importante en la fase precontractual de toda franquicia.

La *due diligence* comprende una serie de actuaciones que tienen como finalidad la comprobación de la veracidad y exactitud de las declaraciones sobre la situación de una empresa o de la existencia de aspectos que pueden afectar a su valor. Se trata pues de actividades preparatorias o cuando menos accesorias o complementarias de un futuro contrato.

Aunque este concepto se utiliza fundamentalmente para el caso de transmisiones de empresas, no es menos cierto que buena parte de lo que se entiende por este concepto lo aplica el franquiciador con respecto al franquiciado y viceversa, ya que en definitiva van a ser dos empresas que con la máxima prioridad de conocerse antes de firmar el contrato de franquicia, complejo por otra parte, van a realizar una labor de investigación, el uno del otro, con la finalidad de evitar riesgos durante la vigencia del contrato.

Se trata por tanto de una actividad previa a la perfección del contrato y que tiene por finalidad conocer exhaustivamente el objeto del contrato.

## **5. REQUISITOS PARA FRANQUICIAR**

### **5.1 CONSIDERACIONES GENERALES**

Constituye un requisito previo de los franquiciadores para que puedan hacer publicidad o acciones de captación de futuros franquiciados y, por tanto, antes de iniciarse la fase precontractual de un contrato de franquicia, el cumplimiento de una serie de requisitos mínimos para evitar el engaño o fraude en un negocio de franquicia. Unos requisitos que en algunos países como EEUU están muy bien regulados, pero que en nuestro ordenamiento jurídico y en el de otros países de la UE no lo están o si existe alguna regulación es manifiestamente insuficiente, por lo que en algunos de ellos se recurre a las normas de buenas prácticas de los Códigos Éticos de las Asociaciones de Franquicias Nacionales.

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos una referencia a ello en la definición que da el art. 2 RD 201/2010 sobre la actividad comercial en régimen de franquicia, al

determinar que el derecho de explotación de esta recae *sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito*". De lo cual, podemos extraer que la franquiciador ha de tener un "mínimo de antigüedad", aunque no se especifica cuánto tiempo, ha de disponer de un "mínimo de experiencia", pero no se especifica cuántos establecimientos ha de tener en funcionamiento y, finalmente, el modelo de negocio ha de ser de "éxito", sin concretar en términos cuantitativos el nivel de éxito óptimo.

En los países de la UE, junto con la aparición de franquiciadores autóctonos a partir de la década 1970-1980, se ha implantado un gran número de enseñas internacionales, especialmente norteamericanas, produciéndose una sustitución sustancial de la distribución comercial tradicional por establecimientos franquiciados, mientras que el desarrollo jurídico relacionado con esta fase precontractual de la franquicia ha sido escaso o nulo. A causa de dicha falta de cobertura normativa, todos los años aparecen un gran número de nuevos franquiciadores, algunos de ellos sin capacidad para franquiciar por no cumplir o no poder cumplir con los requisitos esenciales, ni conscientes del perjuicio económico que pueden llegar a causar y que, a través de las ferias de las franquicias o de su publicidad de captación por Internet, consiguen atraer a potenciales franquiciados cautivos. Para evitar estas disfunciones consideramos necesario regular los requisitos necesarios para poder ofrecer franquicias, entre los que se debería considerar los siguientes:

- a- Creación de un documento oficial de información estándar de los franquiciadores aprobado por una norma o por una autoridad gubernamental, que incluya como mínimo los datos de la empresa franquiciadora y de la franquicia, la inversión y los gastos aproximados para la puesta en marcha de la franquicia, información sobre las franquicias de la red, incluyendo antigüedad, altas, bajas y litigios de los últimos tres años, el detalle del *know how* de la franquicia, el detalle de la asistencia técnica y de la formación que se ofrecerá, la política de precios de venta y de suministro de productos, las condiciones económicas de la franquicia y el borrador del contrato de franquicia tipo.
- b- Obligación de registro y actualización del documento estándar de divulgación de la información en un Registro de Franquiciadores.

- c- Acreditar que se ha operado con éxito en un mínimo de 10 establecimientos propios, durante un periodo mínimo de cuatro años.
- d- Acreditación ante el Registro Oficial de Franquiciadores de tener debidamente registradas sus marcas y otros DPI de su modelo de negocio.
- e- Depósito ante el Registro de los Manuales Operativos.
- f- Imposición de penalizaciones por incumplimiento de tales obligaciones informativas.
- g- Proporcionar a los futuros franquiciados un listado de preguntas que deben hacerse para autoevaluarse con relación a su capacidad económica y de gestión que le va a requerir la franquicia. Y con la misma finalidad, facilitarle también una serie de recomendaciones antes de concluir un contrato, al estilo de como lo hace la *American Association of Franchises and Dealers (AAFD)*.

Por otro lado, tal como dispone el art. 3.1 del Código Deontológico de la Franquicia, también consideramos necesario regular la “publicidad de reclutamiento” que utilizan los franquiciadores para captar potenciales franquiciados, algunos de los cuales llevados por sus ansias de vender transmiten a través de ella una comunicación engañosa, inexacta o errónea, o ambigua en el mejor de los casos, y que puede inducir a error al contratante, si bien, debemos manifestar que en estos casos se puede recurrir al art. 3 de la Ley General de la Publicidad en relación con la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.

Además de los requisitos reseñados en los apartados anteriores, deberíamos añadir otros que el franquiciador deberá cumplir y que consideramos necesarios para garantizar el éxito de la franquicia. A tales efectos, deberá disponer de:

- a- Un equipo directivo eficiente que pueda a garantizar el crecimiento rentable de la cadena y, por tanto, de la empresa franquiciadora, pero también de todos los franquiciados.
- b- Una suficiente solvencia económica y financiera que asegure el cumplimiento de sus compromisos financieros con los franquiciados y con terceros.
- c- Un modelo rentable con una marca notoria y con un nivel alto de implantación, lo cual le situará en el mercado con una clara ventaja competitiva con respecto a sus competidores directos.



- d- Una estabilidad accionarial y de dirección empresarial que evite o reduzca al máximo el riesgo de eventuales transmisiones de negocios de franquicia en un tipo de contrato que es, por defecto, *intuitu personae*. Todas las averiguaciones que se hayan podido hacer durante los tratos preliminares, en la fase precontractual pueden verse mermadas si, a consecuencia de futuras transmisiones, el nuevo franquiciador pasa a ser un mal gestor.
- e- Unas economías de escala, en relación con los precios de los proveedores, que le permita trasladarlas a los franquiciados para que puedan disponer de un margen bruto adicional para compensar el pago de los cánones y *royalties* a los que está obligado. El potencial franquiciado al valorar las ventajas que le va a suponer adherirse a una franquicia, sin duda, va a considerar como una de las más relevantes el poder aprovecharse de dichas economías de escala, conseguidas por el franquiciador de sus proveedores, que le va a permitir disponer de una ventaja competitiva en relación con sus competidores. Si bien, en las franquicias de servicios, como, por ejemplo, las que se dedican al transporte de paquetería, el aprovisionamiento es irrelevante o nulo<sup>219</sup>.

## 5.2 DERECHO COMPARADO

### - EEUU

Es de resaltar que EEUU, país origen de la franquicia tal cual la conocemos hoy, con el mayor número de franquicias y sede de los mayores franquiciadores, dispone de una regulación muy completa de la fase precontractual de este negocio jurídico desde hace más de cincuenta años con la finalidad de evitar el fraude y tutelar al franquiciado, en tanto que parte débil del contrato, , constituyendo la regulación sobre los requisitos para poder franquiciar un importante instrumento para tal fin.

---

<sup>219</sup> Como sería el caso de las franquicias *MRW* o *NACEX*, en las cuales no existe producto que comprar, manipular y vender, sino que se trata de un modelo de negocio basado en la prestación de un servicio de mensajería express, en el cual el aprovisionamiento de productos es muy bajo o prácticamente nulo.

La *FTC Rule* impone unos requisitos a los franquiciadores para la venta de negocios de franquicia en los EEUU, además del obligatorio cumplimiento de la obligación de divulgación (*Disclosure*) y de registro de franquicias; así pues, los citados requisitos se concretan en<sup>220</sup>:

- a- Deben tener registradas todas sus marcas comerciales, nombres comerciales, logotipos, nombres de dominios y otros símbolos que utiliza en el negocio de franquicia.
- b- En algunos Estados como *New York* se exige que los franquiciadores registren cualquier material que anuncie la venta de franquicias (como folletos o sitios web) antes de la primera publicación del anuncio.
- c- Ciertos Estados también requieren que los franquiciadores registren a sus agentes de ventas de franquicias. El agente de ventas necesitará de una licencia del Estado para operar en el mercado, a diferencia de cómo está regulado en otros ordenamientos jurídicos, como es el caso del español, en que el agente no está sujeto a tal requisito operativo.
- d- Es aconsejable que el franquiciador pertenezca a una asociación nacional de franquicias, como sería el caso de la *International Franchise Association* (IFA), fundada en 1960 y considerada la organización más importante y más longeva que existe en el ámbito de la franquicia en todo el mundo<sup>221</sup>. La *IFA* tiene un código de ética que proporciona a sus miembros un marco sobre cómo actuar en el marco de un negocio de franquicia.

---

<sup>220</sup> ZEIDMAN, P. F. (2018). « *Franchise. Getting the Deal Through...* ». Op. Cit. Pág. 168. El autor pone de relieve que si bien la *FTC Rule* señala como requisito indispensable para vender franquicias el registro y entrega del documento de divulgación (*Disclosure*), existen 14 Estados que regulan la oferta y venta de franquicias, pudiendo variar sustancialmente lo regulado por los diferentes Estados.

<sup>221</sup> Las primeras Asociaciones de la Franquicia que se crearon en Europa fueron la *British Franchise Association* (1977) <https://www.thebfa.org/bfa-history/y> y la *Federation Française de la Franchise* (1971). <https://www.franchise-fff.com/fff/federation>.

Además, también pueden adherirse a la Asociación Americana de Franquiciados y Distribuidores (AAFD), la cual tiene publicado un código de normas de “franquicias justas”.

Cualquier violación del requisito de divulgación (*Disclosure*) previa a la venta impuesto por la *FTC Rule* constituye una violación a la Ley de la Comisión Federal de Comercio de los EEUU, otorgándole a la *FTC* legitimación para demandar a los franquiciadores incumplidores ante un tribunal federal.

La regulación de la oferta y venta de franquicias por parte de la *FTC Rule* es un instrumento más para evitar el fraude o abuso de derecho del franquiciador que se aprovecha de su posición de dominio.

Puede haber circunstancias en las que una oferta o venta de franquicia constituya un acto o práctica desleal o engañosa, ya sea bajo una ley federal o estatal análoga. La *FTC* federal es responsable de la aplicación de la protección del consumidor que le otorgan más de 70 leyes diferentes, incluida la *FTC Rule*, que contienen una amplia prohibición contra “los actos o prácticas desleales y engañosos”. Muchos Estados también han promulgado leyes similares para regular tales actos, algunas de los cuales establecen un derecho privado de acción<sup>222</sup>.

## - ITALIA

En relación con los requerimientos exigidos para que un franquiciador nacional o internacional pueda ofrecer franquicias en territorio italiano debemos manifestar que la

---

<sup>222</sup> Un derecho privado de acción en EEUU, permite a un demandante privado iniciar una acción legal contra la contraparte que le ocasiono un daño. Este derecho es otorgado directamente por ley, como la Constitución o una norma promulgada por el gobierno federal. El derecho privado de acción permite a un demandante privado hacer cumplir una ley, a pesar del hecho de que esta en sí no contenga ningún derecho de acción expreso. Por ejemplo, los tribunales han reconocido el derecho de una parte privada a entablar una acción por la violación de ciertas disposiciones de la Ley de Bolsa de Valores, incluso aunque “el Congreso no hizo ninguna referencia específica a un derecho privado de acción. . . .” Según la Ley Clayton, 15 U.S.C. § 15 (a) (1982) “Cualquier persona que resulte lesionada en su negocio o propiedad por razón de cualquier cosa prohibida en las leyes antimonopolio puede demandar. . . .”

ley italiana no exige ningún periodo de tiempo mínimo como operador en este país. Si bien, el código ético de la Asociación Italiana de Franquicias exige un periodo mínimo de haber sido testado en un mercado. No obstante, entre los requerimientos referidos al deber de información precontractual, el franquiciador debe entregar una lista de los franquiciados de la red y de los cambios habidos en estos en los últimos tres años o, en su caso, desde que se inició la actividad. Todo ello en aras de acreditar, haber tenido un mínimo de actividad en dicho mercado antes de ofrecer una franquicia. En este sentido, si se trata de un franquiciador internacional con sede fuera de Italia deberá detallar los franquiciados de la red de cada uno de los países donde esté presente. A solicitud del franquiciado, deberá proporcionar una lista de al menos 20 franquiciados y si el numero existente es menor, la totalidad de estos, tanto si se refiere a franquiciadores nacionales como extranjeros. Este aspecto se valorará caso por caso.

Como medida adicional para evitar el fraude de franquicias o de “franquicias vacías”, el art. 3 de la *Legge 129/2004* establece que para poder iniciar actividades como franquiciador debe haber testado el modelo de negocio, a través de unidades piloto, en un mercado relevante - en Italia o en algún país de la UE<sup>223</sup>-. En todo caso, el franquiciador tiene la facultad de indicar en el contrato de franquicia “- si fuera el caso - que el modelo de negocio todavía no ha sido testado en el mercado, en cuyo caso el franquiciado deberá decidir si corre el riesgo de entrar a formar parte de la red de franquicias del franquiciador o no. Si, por el contrario, el franquiciador no contempla esta previsión en el contrato, el franquiciado podrá resolverlo, de acuerdo con los arts. 1337 y 1338 del CCi, por violación de las obligaciones del principio de la buena fe en la fase precontractual.

Con relación a la localización de los establecimientos franquiciados, incluso considerando que la exclusividad territorial no es una previsión contractual de *ius cogens*, el franquiciado forma parte de la red de franquicias operando “dentro de un determinado

---

<sup>223</sup> ZEIDMAN, P. F. (2018). « *Franchise. Law Business...* ». Op. Cit. Pág. 88. En relación con el art. 3 LF, el autor añade que esta norma aspira a proteger a los potenciales franquiciados del riesgo de verse envueltos en sistemas comerciales que solo existen “sobre el papel”. Además, añade que testar el negocio no se limita al mercado italiano, sino que incluye cualquier otro mercado internacional, siendo habitual el caso de que el franquiciador internacional tenga operando varias unidades piloto en diferentes países.

territorio”, repartido estratégicamente, de conformidad con el art. 3.4 *Legge 129/2004*. Esta es la razón por la que:

- a) El franquiciador debe informar al franquiciado acerca del número de establecimientos de la red (art. 4.1 d. LF) y anualmente debe informar también de los cambios habidos en relación con dichos establecimientos (art. 4.1 e. LF).
- b) El franquiciado no puede modificar la ubicación de su unidad franquiciada, excepto por razones de fuerza mayor o salvo autorización del franquiciador.

Y, finalmente, el contrato que proponga el franquiciador deberá tener una duración suficiente para que el franquiciado pueda amortizar sus inversiones, no pudiendo ser inferior a tres años y protegiéndole por tanto de una pronta terminación de la relación contractual<sup>224</sup>.

#### - ALEMANIA

El derecho común alemán no prevé ningún requerimiento especial que el franquiciador nacional o internacional, deba cumplir para poder ofrecer franquicias a futuros franquiciados, ni existe un Registro de Franquiciadores.

No obstante, la Asociación Alemana de la Franquicia (GFA) establece una lista de requisitos que debe cumplir un franquiciador para poder franquiciar y poder inscribirse en la Asociación:

- a) Debe llevar un tiempo suficiente operando en el mercado con éxito, y como mínimo con una unidad piloto.
- b) Debe ser el propietario o legítimo usuario del nombre de la empresa, marcas y otros derechos de propiedad intelectual e industrial.

---

<sup>224</sup> JARKINA, V. (2010). « *Franchising in Theory and Practice : a franchising...* ». Op. Cit. Pág. 65. El autor que coincide con lo expuesto pone su atención también en lo referente a la información precontractual, ya que es el pilar fundamental de esta Ley y resalta la obligación establecida para las dos partes de suministro de tal información, regulando además otros aspectos de la relación contractual.

- c) Debe llevar a cabo una formación inicial a los franquiciados y debe asegurar una asistencia técnica continuada, así como soporte comercial por toda la duración del contrato.

Por último, en el párrafo 3 del Código de Ética de la Asociación Alemana de Franquicias<sup>225</sup>, que se corresponde con el párrafo 3 del Código Deontológico Europeo de la Franquicia, se regula el reclutamiento y la actividad publicitaria de selección de franquiciados durante la fase precontractual.

## - FRANCIA

No existe en Francia ninguna agencia gubernamental especializada en regular la oferta y la venta de franquicias. No obstante, la regulación sobre derecho de competencia en relación con los contratos de distribución, incluyendo las franquicias, es competencia de la Dirección General de la Competencia, Consumo y Represión de Fraudes, que pertenece al ministerio de Economía y a la Autoridad de la Competencia, siendo este último un órgano independiente.

Tampoco se han regulado los requisitos que debe cumplir el franquiciador que quiere ofrecer franquicias. Sin embargo, como la jurisprudencia describe la franquicia como “una reiteración de un éxito comercial”, el franquiciador debe estar en posición de probar, antes de ofrecer una franquicia, que ha operado al menos un negocio comercial similar, en la forma y tiempo suficiente como para ser considerado un negocio de éxito. En este

---

<sup>225</sup> Art. 3 del Código de Ética de la Asociación Alemana de Franquicias (“*Deutscher FranchiseVerband e.v.*”): “Publicidad para el reclutamiento y adquisición de socios y divulgación:

“3.1 La publicidad para la adquisición de franquiciados debe realizarse sin ambigüedad y sin el uso de información engañosa”.

“3.2 Todos los asuntos de relaciones públicas y anuncios que se utilizan con el fin de conseguir franquiciados y que mencionan resultados, números y posibles beneficios obtenidos por el franquiciado deben ser veraces y objetivamente correctos”.

“3.3 Con el fin de permitir que futuros franquiciados decidan sobre acuerdos vinculantes con pleno conocimiento de todos los hechos, recibirá antes de la firma de un acuerdo vinculante una copia del código de conducta válido, así como la divulgación por escrito completa y precisa de toda la información. y documentos relevantes con relación a la franquicia.”

sentido se manifiesta ZEIDMAN<sup>226</sup>, quien además añade que “según la jurisprudencia, un franquiciador puede ser declarado responsable en el caso de que el candidato sea excluido con base en unos criterios de selección vagos o discriminatorios”.

Como la franquicia implica la transmisión de *know how* y se sustenta sobre una relación basada en una intensa confianza, el franquiciador es libre de escoger a sus franquiciados y descartar aquellos candidatos que no cumplan los requisitos personales y profesionales fijados por el franquiciador. Sin embargo, como hemos señalado, según la jurisprudencia, un franquiciado puede ser considerado hábil si los criterios de selección eran vagos o de alguna manera discriminatorios.

Según la legislación francesa, el único requisito de registro relacionado con el sistema de franquicias consiste en depositar y registrar la marca comercial que se cederá al franquiciado. No existe, pues, una obligación del franquiciador de registrar su actividad de franquicia, ni de registrar los contratos de franquicia formalizados. De otra parte, tampoco es obligatorio ser miembro de la *Federation Française de la Franchise*, si bien resulta aconsejable por cuanto la membresía da acceso a formación específica acerca del negocio de las franquicias en Francia y a participar en la *Franchise Expo de Paris*, una de las ferias más importantes del mundo de la franquicia. Además de lo anterior, la *Federation Française de la Franchise* verifica que el documento de divulgación de la información precontractual y el contrato de franquicia cumplen con lo establecido en el Código Deontológico Europeo de la Franquicia.

En relación con la localización de las franquicias y distancia que debe haber entre ellas, debe considerarse la Ley de 5 de Julio 1996, que establece que cualquier establecimiento de más de 300 metros cuadrados requiere de una autorización previa de la comisión competente local de planificación comercial (CDAC), resultando exigible también dicha autorización para cualquier cambio de actividad para establecimientos de más de 2000 metros. El propósito de esta Ley es proteger el desarrollo local de los pequeños establecimientos.

---

<sup>226</sup> ZEIDMAN, P. F. (2018). « *Franchise. Law Business Research...* ». Op. Cit. Pág. 59.

## - **RECAPITULACION**

El modelo de distribución comercial de la franquicia ofrece a ambas partes del contrato, evidentes ventajas como se ha comentado anteriormente, pero a su vez también riesgos relevantes entre los que cabe destacar el fraude y las franquicias vacías como expresión extrema de este engaño, problemática que es tratada en Derecho comparado con diferente intensidad en función del país que se trate.

Los países que consideran como un peligro para su economía la práctica generalizada de este tipo de fraude, regulan de diferente manera la oferta y venta de franquicias, siendo el que lo hace de forma más intensa, los que igualan la condición de franquiciados con los de consumidores, con la finalidad de que aquellos dispongan de la misma protección. Es el caso de los EEUU donde la misión principal del organismo gubernamental que regula la oferta y venta de franquicias a través de la FTC Rule es la FTC, responsable federal de la protección de los consumidores. Además, en trece Estados de este país encontramos la obligatoriedad de registro en el Registro de Franquiciadores (derogado en España).

En el resto de los países de Derecho comparado considerados en esta Tesis, existe en Italia y España una regulación mas completa que en Francia o Alemania, pero en cualquier caso claramente insuficiente, si lo que se pretende es reducir al máximo el fraude en este importante sector de nuestra economía.



# CAPITULO IV: EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

## 1. INTRODUCCIÓN

Durante la fase precontractual ambas partes llevan a cabo un proceso complejo que culmina con su perfección. Ambas partes deberán iniciar los tratos preliminares y proveerse de la información precontractual que precisen para la adecuada formación del consentimiento contractual. Además, deben realizar las correspondientes actuaciones y averiguaciones para contrastar o añadir a las informaciones que se hayan facilitado mutuamente, a través fuentes como las entidades bancarias, franquiciados de la red, consultores especializados, asociaciones de la franquicia y organismos oficiales como el Registro Mercantil, la Oficina Española de Patentes y Marcas, el Registro de la Propiedad, Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Así como en la doctrina de la contratación civil no se discute la existencia de la fase precontractual, en la mercantil, algunos autores tanto civilistas<sup>227</sup> como mercantilistas, afirman que los contratos mercantiles se concluyen en masa, lo que imposibilita en la práctica la existencia de una fase prolongada de tratos precontractuales, aunque sí pueden llegar a existir. Encontramos también otros autores con aproximaciones diferentes a lo que consideran “la formación del contrato y en este sentido tenemos a SANCHEZ CALERO y SANCHEZ-CALERO GUILARTE<sup>228</sup> que relacionan la formación del contrato con “la oferta mediante la publicidad, el momento de la perfección del contrato entre ausentes y en el caso de que intervenga un agente mediador y con las mismas

---

<sup>227</sup> DIEZ- PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Teoría del Contrato. Sexta Edición*. Civitas - Thomson Reuters. Págs. 158-159.

<sup>228</sup> SANCHEZ CALERO, F. y SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2019). *Principios de Derecho Mercantil*. Pamplona: Thomson Reuters. Pags. 184-187.

referencias, autores como URÍA y MENÉNDEZ<sup>229</sup> o GADEA, GAMINDE Y REGO.<sup>230</sup> Mientras que CARRASCO<sup>231</sup> en su Capítulo 2 hace referencia a el “Proceso negociador” donde menciona a las cartas de intenciones y al precontrato y en el Capítulo 3 se refiere a la “Responsabilidad por Ruptura de los Tratos Preliminares”.

En la doctrina civilista<sup>232</sup> esta comúnmente aceptado el señalar las “tres fases en la vida del contrato: la preparación, la perfección y la consumación”, que en la práctica se reducen a dos: la anterior a que tenga lugar la celebración del contrato y la posterior. Todo lo que ocurrirá a lo largo del tiempo, desde los primeros contactos hasta la formación del contrato es, por tanto, un proceso compuesto por diferentes fases, constituidas por actos preparatorios del contrato, que supondrán avances en algunos casos, pero también retrocesos y bloqueos. El contrato de franquicia será, pues, el resultado final de un proceso de aproximación de planteamientos distintos que tienen las partes en un determinado contexto de negociaciones. Y, a mayor envergadura y complejidad de la franquicia que se pretender contractualizar, más duradero y costoso será este proceso de formación del contrato.

Si bien, se pueden concretar dos criterios que permiten acotar esta fase precontractual. El primero, estaría relacionado con su temporalidad, dado que en los actos preparatorios existe un momento inicial y otro final que coincide con la perfección del contrato. El segundo criterio es el referido a su finalidad, que no es otra que alcanzar un acuerdo entre las partes que les permita formar su voluntad contractual y aportar un consentimiento informado al contrato, aunque teniendo presente que dichos actos preparatorios tienen una función instrumental, en la medida que han de facilitar el acuerdo, aunque no sea coincidente con su objetivo inicial. En este sentido, RODRIGUEZ DE LAS

---

<sup>229</sup> URÍA, R. y MENÉNDEZ A. (2007). *Curso de Derecho Mercantil II*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi. Pags. 35-41.

<sup>230</sup> GADEA, E., GAMINDE, E., y REGO A. (2016). *Derecho de la Contratación Mercantil*. Madrid: Dykinson. Págs. 49-57.

<sup>231</sup> CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos. Segunda edición*. Thomson Reuters - Aranzadi. Pág. 73-117 y 119-137.

<sup>232</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Teoría del Contrato. Sexta Edición*. Pag. 139. Civitas - Thomson Reuters. Pág. 309.

HERAS<sup>233</sup> añade que “compartiendo ambos criterios, temporal y finalista, la fase precontractual puede contener simples tratos o contactos previos, solicitudes de información, materiales o mensajes comerciales, declaraciones y auténticos contratos preliminares”.

Dada la heterogeneidad de los contratos y también del de franquicia, nos podemos encontrar con una imprecisión en muchos casos, para poder determinar cuándo se inicia y cuando termina la fase precontractual, junto con una diversidad de actos, negocios y situaciones que pueden sucederse, no siendo fácil, por tanto, la concreción del que consiste dicha fase precontractual.

Como es sabido, el art. 1254 CC, al concretar que, “*El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*”, hace referencia a un momento concreto en el tiempo, al referirse a los contratos y utilizar el verbo “existe”. Por tanto, si tenemos un momento a partir del cual el contrato existe, hay un tiempo anterior que es en el que se desarrollan los tratos preliminares. Tratos que empiezan en un momento concreto y terminan en el momento en que se formaliza el contrato, o en el que el contrato “existe”. Tiempo que las partes utilizarán para alcanzar un acuerdo de voluntades que les ha de permitir la conclusión del contrato.

En este sentido CUADRADO PÉREZ y MAYORGA TOLEDANO<sup>234</sup>, nos indican el fin de la fase precontractual en un momento concreto, al afirmar que, “con el acuerdo de voluntades alcanzado por las partes, concluye el proceso de formación de contrato, durante el cual se ha debatido sobre el contenido de este y se han buscado puntos de encuentro entre los respectivos intereses”. Añadiendo este último que, “durante este proceso ambas partes habrán realizado todas las averiguaciones, estudios y

---

<sup>233</sup> RODRÍGUEZ DE LA HERAS, T. (2015). *La etapa precontractual en la contratación mercantil*. Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje a Rafael Illescas. Madrid. Pág. 1806.

<sup>234</sup> CUADRADO PÉREZ, C. (2003). *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Bologna: Studia Albornotiana. p. 33. En esta misma línea argumental, esta MAYORGA TOLEDANO, M. C. (2007). “*El contrato mercantil de franquicia*.” Op. Cit. págs. 70 y ss.

comprobaciones que habrán creído oportunas para salvaguardar de la mejor manera sus propios intereses durante dicho proceso”.

Y OSSORIO SERRANO<sup>235</sup> argumenta que “en la vida real se dan pocos casos de ese esquema simplista, no siempre es fácil de distinguir, en la génesis de un contrato, una vez terminada la fase preparatoria o de tratos preliminares, quien es el oferente y quien es el aceptante”.

La fase precontractual en el contrato de franquicia está presidida por el “principio de la libertad de negociación”, lo cual implica que cualquiera de las partes puede abandonar dicha negociación libremente y en cualquier momento de las conversaciones, no pudiendo la otra parte exigir la perfección del contrato objeto de tal negociación. Si bien esta libertad encuentra sus límites en el “principio de la buena fe” y en la lealtad con la que deben actuar los intervinientes; lo que implica que, si se ha producido en esta fase un acto que resulte lesivo a la contraparte, esta podrá optar por exigir responsabilidad por daños y perjuicios causados.

Hemos de considerar también que esta libertad de negociación está condicionada por la existencia de un fuerte interés en el mercado por contratar con una empresa franquiciadora, poseedora de una marca renombrada, que ha de dar mayor seguridad y rentabilidad a la franquicia, por tanto, si bien hay plena libertad contractual, esta podrá en cierto modo quedar condicionada por un factor emocional limitante, que se traduce en una asimetría del poder negociador.

El mero hecho de iniciar conversaciones en el marco de las negociaciones sobre un hipotético contrato no otorga a estas carácter contractual, pero entre las partes surge una relación precontractual derivada de lo que DIEZ-PICAZO<sup>236</sup> denomina un “contacto social”, argumentando que “El hecho de ponerse en contacto dos personas con la finalidad

---

<sup>235</sup> OSSORIO SERRANO, J.M.; Teoría General de la Obligación; en AAVV. Moreno B. Ossorio J. González J. M. Ruiz Rico J. Herrera R. (2018). *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 159-160.

<sup>236</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2007). “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...*”. *Op. Cit.* Pág. 319.

de negociar la conclusión de un contrato, establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, pues una y otra se deben un mínimo de lealtad en los tratos”.

Esta fase precontractual, preparatoria del contrato, se inicia con una primera muestra de interés por una de las partes o por ambas, que pueden llevar a realizar una primera oferta en firme o bien al inicio de un proceso negociador. Interés que puede haberse despertado como consecuencia del impacto de una publicidad de reclamo por parte del franquiciador. Oferta y publicidad que desarrollan SANCHEZ CALERO y SANCHEZ-CALERO GUILLARTE<sup>237</sup> afirmando que “las especialidades del regimen del Código de Comercio se centran en este punto en el problema de conocer el alcance de la oferta mediante la publicidad...”, añadiendo además que “la mecánica tradicional de la formación de los contratos viene dada por una fase preliminar, en la que se efectúan ciertos tratos previos o simples anuncios y una fase concluyente en la que se producen unas declaraciones de voluntad de las partes (la oferta y la aceptación) que cuando se unen dan lugar a la perfección del contrato”.

En esta fase precontractual los tratos adquieren especial relevancia en los contratos de franquicia, caracterizados por la condición de empresarios de ambas partes y adquiriendo especial relevancia los principios de buena fe y de mutua confianza entre las partes, por la dependencia que con frecuencia se crea entre ellas al tratarse de vínculos duraderos. En este sentido, declara la SAP de Barcelona nº209/2018, de 26 de abril 2018<sup>238</sup>, que la relación contractual en la franquicia tiene carácter *intuitu personae*, estando regulados de forma expresa deberes precontractuales concretos.

Durante la fase precontractual las partes pueden adoptar acuerdos que podrán ser contratos en sí mismos o no, instrumentales, en cualquier caso; los cuales irán

---

<sup>237</sup> SANCHEZ CALERO, F. SANCHEZ-CALERO GUILLARTE, J. (2019). *Principios de Derecho Mercantil Op. Cit.*: Thomson Reuters.Pag. 134.

<sup>238</sup> SAP de Barcelona nº209/2018, de 26 de abril (ROJ: SAP B 3085/2018; Id. Cendoj: 08019370142018100186). Recurso: 684/2016, Ponente: Sergio Fernández Iglesias. Fundamento de Derecho Tercero: “*En esa línea, se debe considerar especialmente el carácter Intuitu Personae que conformaba la relación contractual, integrada en una red de franquiciados*”.

configurando el contenido final del contrato, como puede ser el caso de los precontratos, de las opciones de compra o de las cartas de intenciones.

Dichos actos “previos, preliminares o preparatorios” realizados durante la fase precontractual cumplen una función relevante con respecto al contrato de franquicia, porque de ellos se deriva la posibilidad de que este pueda llegar a concluirse

Los mencionados actos preparatorios tienen efectos jurídicos, siendo susceptibles de generar responsabilidad por determinados comportamientos realizados en esta etapa, y si se llega a formalizar el contrato, cualquier responsabilidad posterior podría afectar a la validez del mismo.

La heterogeneidad de actos preparatorios que pueden darse en esta etapa de formación del contrato de franquicia dificulta su tratamiento jurídico, como así lo demuestra el escaso desarrollo legislativo existente sobre la materia. Siendo, por tanto, relevante la aportación de la doctrina científica y de la jurisprudencia que ha venido resolviendo con acreditada solvencia los diferentes conflictos surgidos en esta fase precontractual, acudiendo para ello a la normativa nacional, pero también al *soft law* sobre derecho contractual europeo e internacional, a la normativa vigente de los contratos afines al de franquicia y al derecho comparado.

Llegados a este punto, podemos concluir que la fase precontractual está constituida, no solo por un conjunto de actividades y averiguaciones, sino que se trata de un proceso dirigido a la celebración de un contrato, con independencia de si finalmente se termina celebrando dicho contrato. En materia de franquicias, en dicho complejo proceso podríamos acudir a las cartas de intenciones, los compromisos verbales o escritos, los precontratos, el examen y comprobación de información de la contraparte recibida de esta o de otras fuentes, la solicitud y revisión de información recibida de entidades financieras y de diversos organismos oficiales sobre la contraparte, la evaluación del mercado y de los hábitos de consumo de la población de dicho mercado, etc.

## **2. LOS RECURSOS NORMATIVOS**

## 2.1 EL DERECHO NACIONAL

Como es sabido, en el ordenamiento jurídico español no existe una regulación con carácter general sobre la fase precontractual de los contratos y, por tanto, tampoco respecto del contrato de franquicia, como ocurre en el ordenamiento jurídico francés o alemán,

El Código Civil español no regula los deberes de conducta de aquellos que participan en tratos preliminares. Solamente en determinados supuestos normativos se hace una referencia a la buena fe que debe presidir el desarrollo de los tratos. En nuestro derecho, el art. 1262 CC, cuando manifiesta que “el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato” contempla únicamente la fase final del proceso negociador, esto es, cuando a través del consentimiento el contrato se perfecciona, manifestándose a través de la convergencia de la oferta y la aceptación, tal como determina la STS nº493/2000, de 28 de enero del 2000<sup>239</sup>.

Para todos los demás aspectos de la fase precontractual del contrato de franquicia habrá que recurrir a los principios y normas del derecho contractual de nuestro Código Civil, a los principios y normas de derecho contractual del Código Civil Catalán, a las Propuestas Modernizadoras del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código Civil y del Código Mercantil, al *soft law* sobre derecho contractual europeo e internacional y a la jurisprudencia.

Las únicas normas de carácter especial que regulan la fase precontractual del contrato franquicia son el ya mencionado art. 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista<sup>240</sup>, en su apartado 2, hace referencia al deber de información del franquiciador.

---

<sup>239</sup> STS nº493/2000, de 28 de enero del 2000 (ROJ: STS 493/2000; Id. Cendoj: 28079110012000101722); Recurso: 1299/1995; Ponente: Pedro González Poveda. Fundamento de Derecho Segundo: “(...) los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, manifestado por el concurso de la oferta y de la aceptación, que marca el final del iter formativo del contrato, el final de los actos preliminares del mismo (...)”.

<sup>240</sup> Art. 62 de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista. Regulación del régimen de Franquicia:

Precepto que es desarrollado por el RD 201/2010. El deber de confidencialidad se regula de forma incompleta por el art. 4 RD 201/2010, al manifestar que “el franquiciador podrá exigir al potencial franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir del franquiciador”.

En el preámbulo del RD 201/2010 se determina que la franquicia “mejora normalmente los acuerdos de distribución, dado que los franquiciadores tienen la posibilidad de crear una red de distribución uniforme con una inversión limitada, lo que facilita la entrada de nuevos competidores en el mercado aumentando la competencia entre las marcas y los potenciales franquiciados tienen la oportunidad de establecerse más rápidamente y con mayores posibilidades de éxito”. En su art. 2 describe en qué consiste la actividad de franquicia, los requisitos mínimos que debe tener un contrato de franquicia, que no es una franquicia comparándolo con figuras afines y, al igual que el resto de los ordenamientos jurídicos de Derecho comparado, no considera la franquicia industrial, pero sí lo hace con respecto a la master franquicia.

## **2.2 LA UNIÓN EUROPEA**

En la UE no existe una regulación de la relación precontractual o contractual de la franquicia, sino que esta se limita a aspectos relacionados con el derecho de la

---

“1. La actividad comercial en régimen de franquicia es la 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”.

“2. 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”.



competencia. Así lo comenta en su obra BURGOS PAVÓN<sup>241</sup>, refiriéndose al vigente Reglamento 330/2010, al concluir que “aunque no regula de manera sustantiva la franquicia, le es aplicable. El motivo es que la franquicia además de facilitar un modelo comercial contiene una combinación de diferentes restricciones verticales relativas a los productos que se distribuyen, en especial mediante distribución selectiva, no competencia o distribución exclusiva, etc. que es perfectamente encuadrable en esta norma de obligado cumplimiento”.

En el ámbito territorial de la UE, juega un rol importante la *European Franchise Federation*<sup>242</sup>(EFF), la cual se constituyó el 23 de septiembre de 1972, y entró en funcionamiento el 1 de enero de 1991, estando integrada por asociaciones o federaciones nacionales de franquicias con sede en Europa, aunque puede admitir miembros afiliados no europeos sin derecho a voto ni con cargo de administradores. JARKINA<sup>243</sup>, en relación con el CDEF, nos recuerda que “su contenido es a título de recomendación, por tanto, no de obligado cumplimiento”.

La EFF incluye un comité jurídico compuesto por juristas especializados en franquicias, designados por cada una de las asociaciones o federaciones; incorporando también un comité de arbitraje para la solución de eventuales conflictos entre las partes que voluntariamente acepten someterse.

El Código Deontológico Europeo de la Franquicia (en adelante el CDEF), redactado por la EFF, es un manual de buenas costumbres y buenas prácticas para los usuarios de la

---

<sup>241</sup> BURGOS PAVÓN, G., & FERNÁNDEZ IGLESIAS, M. S. (2010). “*La franquicia: Tratado práctico...*”. Op. Cit. Pág. 182.

<sup>242</sup> LA EUROPEAN FRANCHISE FEDERATION “fue fundada en 1972, en Francia, como una asociación sin ánimo de lucro, para promover, defender y hablar por la industria de franquicias que opera en Europa. El EFF es reconocida, por las instituciones europeas, como la autoridad única en Europa que tiene como misión definir los elementos esenciales que constituyen una franquicia adecuada y ética. Sobre esta base, ha constituido una comunidad de asociaciones nacionales de franquicias que comparten esta opinión. Es con esta misión que la comunidad de EFF se compromete a defender y promocionar el Código Deontológico Europeo de la Franquicia.”

<sup>243</sup> JARKINA, V. (2010). « Franchising in Theory... ». Op. Cit. Págs. 115 y ss.

franquicia en Europa y no puede ni pretende sustituir a los respectivos derechos nacionales o europeo, ya que sus normas no tienen carácter normativo, por lo que no son de obligado cumplimiento. Su pretensión es ser una mera guía de buen comportamiento, aunque cada miembro de la EFF se compromete en el momento de su adhesión a hacer respetar el CDEF por todos los miembros de sus asociaciones o federaciones. Si bien el carácter no normativo de dicho Código, este es tomado en consideración en los Fundamentos de Derecho por parte de nuestra judicatura, como se puede observar en sentencias como la SAP de Madrid 55/2020 de 14 de febrero<sup>244</sup>.

El CDEF fue actualizado en 2016 con el fin de integrar aún más las disposiciones que reflejan la continua experiencia entre franquiciador y franquiciado en aquellos países donde sus asociaciones son miembros, así como para cumplir con las recomendaciones de la Comisión Europea en materia de autorregulación.

A su vez, el CDEF, que ha sido utilizado como una de las fuentes para establecer los principios de ética aprobados por el Consejo Mundial de Franquicias, establece conceptos que sirven de fundamento para el desarrollo normativo de esta materia e ilustra a los tribunales, cuando como en el caso español, los jueces han de resolver litigios relacionados con la franquicia y se encuentran con un importante vacío legal, siendo abundantes las sentencias que recurren a los conceptos y principios contenidos en este Código deontológico y a los códigos deontológicos de las distintas asociaciones de franquiciadores de los países de la UE que lo han tomado como modelo<sup>245</sup>. Su contenido

---

<sup>244</sup> SAP de Madrid 55/2020 de 14 de Febrero 2020 (ROJ: 2605/2020; Id. Cendoj: 28079370082020100033); Recurso: 534/2019; Ponente: Milagros del Saz Castro; Fundamento de Derecho Segundo.

*“Pero es que además, la naturaleza del contrato de franquicia así lo impone, puesto que tratándose de un sistema por el que el franquiciador “faculta y obliga al franquiciado individual a cambio de una contraprestación económica directa o indirecta a utilizar el nombre comercial y o la marca de productos y/o servicios, el “know how”, los métodos técnicos y de negocio, los procedimientos y otros derechos de propiedad industrial y/o intelectual del franquiciador,” (Código Deontológico Europeo de la Franquicia)”.*

<sup>245</sup> En el sentido apuntado, La STS 145/2009 de 9 de marzo (ROJ: STS 1129/2009; Id. Cendoj: 28079110012009100151); Recurso: 2266/2003; Ponente: Encarnación Roca Trías; Fundamento de Derecho Tercero:

*“Ello hace que deba considerarse que, en España, la franquicia es un contrato nominado porque está previsto en el ordenamiento, pero sigue siendo atípico, porque no goza de regulación legal, lo que ha generado que, al igual que en Francia, que la Asociación Española de Franquiciadores se haya dotado de un Código deontológico, que no tiene efectos imperativos”.*

es aplicable a aquellas empresas que se someten expresamente al mismo o que pertenecen a asociaciones o federaciones que se hayan adherido al CDEF.

El principio general de la buena fe preside todo el contenido de este CDEF, ya que en el están constantemente presentes conceptos tales como la transparencia, la equidad y la lealtad, siendo estos principios de aplicación tanto en la fase precontractual como en la contractual y post contractual de una relación de franquicia.

En el art. 2.2 del CDEF hace referencia al compromiso por parte de franquiciador para que durante la fase precontractual, en su relación con los franquiciados, debe utilizar los medios adecuados *“para evitar el uso indebido o, en particular la transmisión de conocimientos a redes de la competencia a fin de evitar perjuicios a los intereses de la red”*. Lo que evidenciaría una utilización torpe e irresponsable de tal información que, en el proceso de negociación de una nueva franquicia, podría acabar con la información precontractual en manos de la competencia y perjudicar a la red en su totalidad. En definitiva, viene a reforzar el principio de confidencialidad de la información precontractual<sup>246</sup>.

En el art. 2.4 ii, del CDEF se realiza una referencia normativa concreta al principio de equidad, al señalarse *“la equidad debe ser un elemento clave en sus relaciones”*.

La equidad viene referenciada en el art. 3.2 CC<sup>247</sup>, concepto introducido por el Real Decreto 1836 de 31 de mayo de 1974, habiendo sido expresamente obviada hasta dicha fecha del Código Civil por parte del legislador, por haber sido considerada como fuente de inseguridad jurídica. Siendo reconocida como criterio preferente de interpretación, a partir de la base 2ª, nº 2 de la Ley de bases de 17 de marzo de 1973 para la modificación

---

<sup>246</sup> Art. 2.2 CDEF: *“deberá, en las fases precontractual, contractual y postcontractual de su relación con los franquiciados, utilizar todos los medios razonables para evitar el uso indebido o, en particular, la transmisión de conocimientos a redes de la competencia a fin de evitar perjuicios a los intereses de la red”*.

<sup>247</sup> Art. 3.2 CC: *“La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”*

del título preliminar del Código Civil<sup>248</sup>, que inspiró el mencionado precepto. Si bien, limitando su aplicación a los tribunales, dado que estos solo podrán fundamentar sus resoluciones en este principio cuando la ley lo permita. Al respecto, podemos encontrar referencias jurisprudenciales sobre la obligación de ponderar la equidad en la aplicación de las normas en la STS nº6481/2013, de 19 de Diciembre<sup>249</sup>, llegando a la interesante conclusión de que, dicho principio “pretende humanizar y flexibilizar la aplicación individualizada de las normas jurídicas cuando el resultado de su estricta observancia, en el contexto de las singulares circunstancias concurrentes, pueda resultar contrario a otros principios o valores del ordenamiento jurídico”. Así mismo, a principio también hace referencia el Tribunal Constitucional en su ilustrativa Sentencia nº45/2007 de 1 de marzo<sup>250</sup>, en la que se relaciona el principio de equidad con “la consideración de la justicia y la igualdad como valores superiores del ordenamiento fundado en la Constitución”, debiendo ser observado tanto en la aplicación como en la interpretación de la Ley”.

Considerando las fuertes asimetrías económicas y de poder que caracterizan los contratos de franquicia, aconsejamos reforzar el principio de igualdad, incorporando a nuestro sistema una normativa que garantice el respeto al “principio de equidad” durante la fase precontractual.

---

<sup>248</sup> Base nº 2 de la Ley de bases de 17 de marzo de 1973: “dentro del obligado respeto a la seguridad jurídica la equidad presidirá la aplicación de las normas, pero en ella sólo pondrán fundamentar sus resoluciones los tribunales cuando la ley expresamente lo permita”.

<sup>249</sup> STS nº6481/2013 de 19 de diciembre (ROJ: 6481/2013; Id. Cendoj: 28079130072013100499); Recurso: 1240/2012; Ponente: Antonio Maurandi Guillen; Fundamento de Derecho Sexto: “(...) Esta Sala cree conveniente recordar que la equidad, según establece el artículo 3.2 del Código civil, es un criterio de interpretación e integración extensible a la aplicación de cualquier norma jurídica; un criterio que, según ha subrayado la mejor doctrina, pretende humanizar y flexibilizar la aplicación individualizada de las normas jurídicas cuando el resultado de su estricta observancia, en el contexto de las singulares circunstancias concurrentes, pueda resultar contrario a otros principios o valores del ordenamiento jurídico”.

<sup>250</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2007, de 1 de marzo (BOE num. 74, de 27 de Marzo 2007). Fundamento Jurídico Tercero: “(...) del principio de equidad que debe informar la asignación de los recursos públicos conforme a lo establecido en el art. 31.2 CE. Ciertamente es que el establecimiento de este principio debe conectarse con la consideración de la justicia y de la igualdad como valores superiores del ordenamiento fundado por la Constitución”.

Por otro lado, el CDEF, en su art. 3.1, se ocupa también de establecer unas pautas para el franquiciador, señalando qué requisitos debe cumplir la publicidad destinada al reclutamiento de franquiciados. En el primer apartado 3.1 establece que “la publicidad para el reclutamiento de franquiciados deberá ser libre de ambigüedades y declaraciones engañosas”. Y, en el apartado 3.2, dice “*cualquier reclutamiento, publicidad y material publicitario, que contenga referencias directas o indirectas a los futuros posibles resultados, cifras o ingresos que puedan esperar los franquiciados, deberá ser objetivo y no inducir al error*”. En este sentido, debemos señalar la importancia de esta regulación por cuanto la publicidad “subjetiva” puede inducir a error a la parte más débil que es el franquiciado, considerando además la contribución a minimizar la litigiosidad. Y, en su art. 3.6, se regula las garantías que debe contener un precontrato impuesto unilateralmente por el franquiciador admitiendo la validez de cláusulas de no competencia o de confidencialidad<sup>251</sup>. Finalmente, el art. 4, impone a los franquiciadores un compromiso, en la etapa precontractual, de realizar una selección de franquiciados eficiente, con la finalidad de garantizar al resto de franquiciados existentes la solvencia y solidez de la cadena de franquicias. Estamos en presencia de un mecanismo de protección que alcanza no únicamente a un franquiciado en particular, sino a la totalidad de los adheridos<sup>252</sup>.

A nuestro entender y, siempre a los efectos de lograr normativizar una mejor protección de los intereses tanto de los franquiciadores como de los franquiciados, resultaría

---

<sup>251</sup> Art 3.6 CDEF: “Si un franquiciador impone un precontrato a un candidato deben respetarse los siguientes principios”:

“i. antes de la firma de cualquier precontrato, se debe dar al candidato (franquiciado) información escrita sobre su propósito, y sobre cualquier contraprestación que pueda verse obligado a pagar al franquiciador con relación a los gastos reales durante y con respecto a la fase previa al contrato. Si se firma el contrato, dicha cantidad deberá ser reembolsada por el franquiciador o compensarse con todo posible canon de entrada a pagar por el Franquiciado”;

“ii. el precontrato contendrá un plazo y una cláusula de finalización”;

“iii. el franquiciador puede imponer cláusulas de no competencia y/o cláusulas de confidencialidad para proteger su *know-how* e identidad”.

<sup>252</sup> Art. 4 CDEF: Selección de franquiciados “Un franquiciador debe seleccionar y aceptar como franquiciados sólo aquellos que, tras una investigación razonable, parecen poseer los conocimientos básicos, la educación, las cualidades personales y los recursos financieros suficientes para llevar a cabo el negocio de franquicia”.

aconsejable que el legislador español tuviera en cuenta los preceptos más destacados de este Código.

### **2.3 DERECHO COMPARADO**

En este apartado de derecho comparado sobre la fase precontractual de la franquicia, he considerado los ordenamientos jurídicos de la *common law* como el de EEUU, por ser el país originario de la franquicia y el primero en regularla, así como el de Gran Bretaña, por ser el exponente de un *common law* originario, dado que otros países de sistema *common law*, como los propios EEUU, han avanzado hacia tesis de aproximación al *civil law*. De entre los países que se rigen por *civil law*, he considerado a Italia por ser el único país de la UE que dispone de una ley integral sobre la franquicia, a Francia por ser el primer país donde se implantó la franquicia en Europa y el primero en regularla, aunque fuere de forma limitada y, finalmente, a Alemania por ser el país con menos regulación que los anteriores, pero que no por ello transita por ámbitos de inseguridad jurídica en el tráfico mercantil de la franquicia, ya que al igual que Francia, entre la jurisprudencia y el nuevo derecho de obligaciones y contratos (PECL, DCFR, PRINCIPIOS UNIDROIT, etc.), dan una adecuada respuesta normativa.

#### **- EEUU**

##### **a- CONSIDERACIONES GENERALES**

EEUU no es solamente el país origen de la franquicia y el primero en regularla, sino que posee el cuerpo normativo más completo sobre la fase precontractual del contrato de franquicia. Esto es, la regulación del deber de información que, si bien *prima facie* nos podría parecer extremadamente burocrático, en la práctica cumple una función tutelar de los futuros franquiciados, consiguiendo reducir el fraude en la franquicia y otorgando una mayor seguridad en el tráfico mercantil.

A tal efecto, debe considerarse la *Federal Trade Commission* (FTC) órgano federal creado en 1937, encargado de regular y supervisar todo lo relacionado con la oferta y venta de franquicias, y que aprobó la *FTC Rule*, normativa que contiene un deber de información para el franquiciador muy estricto y complejo, concretado en Documento de Información de la Franquicia (*Franchisor Disclosure Document*, (FDD) y un deber de registro de la franquicia, así como regulación para la protección de la libre competencia.

El reglamento de la FTC es de aplicación nacional por lo que todos los Estados están obligados a cumplirlo. No obstante, hay Estados que imponen normas locales más estrictas que las federales y que tienen prioridad sobre el reglamento de la FTC, siempre y cuando no contravengan dicho ordenamiento.

Dentro de estas normas estatales sobre la oferta de franquicias, estuvo durante muchos años vigente la Circular de Oferta Uniforme de Franquicias (UFOC), sin duda el documento divulgación de información precontractual más utilizado por su alto grado de eficacia. Se trataba de un documento complejo cuyo objetivo es recabar un informe sumamente detallado sobre los franquiciadores y sus franquicias. Aunque la UFOC era más exhaustivo en sus requisitos que el reglamento de la FTC, ambos formatos exigen la divulgación de una gran amplitud de información. En el año 2007 la FTC sustituyó la UFOC por el FDD.

Como decíamos, la *FTC Rule* es una normativa de carácter federal, pero que los Estados pueden regular de forma distinta, ya que desde un punto de vista normativo existen dos niveles con capacidad para legislar, el federal que resulta de aplicación para todos los Estados de la Unión, aunque en determinados ámbitos legislativos como es el caso de la franquicia, los Estados tienen la opción de aplicar o no la regulación federal y, de otra parte, estos Estados pueden aprobar sus propias leyes que se aplicarán en su ámbito territorial.

Desde el gobierno federal no se obliga a que los franquiciadores registren el Documento de Divulgación de la Franquicia (FDD) en agencia administrativa o gubernamental

federal alguna. Sin embargo, hay actualmente trece Estados<sup>253</sup> que obligan a los franquiciadores a registrar su FDD en sus correspondientes agencias administrativas o gubernamentales, como requisito para poder vender sus franquicias. Así pues, las leyes de estos Estados obligan a los franquiciadores a: a) Registrar su FDD y a b) Presentar un aviso de intención ante la autoridad reguladora antes de realizar cualquier oferta o venta de una franquicia.

Más allá de los Estados que exigen el registro de franquicias, hay diez Estados<sup>254</sup> que requieren que un franquiciador presente su FDD ante el Estado antes de empezar a franquiciar. En los Estados con la obligación de registro, generalmente rige alguna normativa que regula cómo se deben ofrecer y vender las franquicias.

#### ***b- LA AMERICAN ASSOCIATION OF FRANCHISEES AND DEALERS (AAFD)***

La *American Association of Franchisees and Dealers* (AAFD)<sup>255</sup> actúa como organización de protección del consumidor y de las franquicias, divulgando las prácticas poco éticas existentes en la comunidad de franquicias y educando a los operadores sobre las reglas justas que deben operar en el contrato de franquicia y la calidad de las oportunidades de franquicia.

La AAFD se creó porque la normativa norteamericana que regula la franquicia legaliza las prácticas abusivas, en lugar de restringir el fraude en estos negocios jurídicos. Si el franquiciador divulga el detalle de sus prácticas, las prácticas éticas deben estar incluidas. El AAFD pretende proporcionar un contrapeso a esta normativa poco favorable para los franquiciados, para evitar los fraudes que se cometen en la industria de

---

<sup>253</sup> *California, Hawaii, Illinois, Indiana, Maryland, Michigan, Minnesota, New York, North Dakota, Rhode Island, Virginia, Washington y Wisconsin.*

<sup>254</sup> *Connecticut, Florida, Kentucky, Maine, Nebraska, North Carolina, South Carolina, South Dakota, Texas y Utah.*

<sup>255</sup> *American ASSOCIATION OF FRANCHISEES & DEALERS (AAFD).* (19 de noviembre de 2018). *The Center for Total Quality Franchising.* Recuperado el 14 de febrero de 2019, de <https://www.aafd.org/>



la franquicia, suministrando recursos a las asociaciones, franquiciados y futuros franquiciados.

El AAFD es, por tanto, una asociación nacional sin ánimo de lucro dedicada a definir y promover las mejores prácticas de franquicia. No obstante, consideramos que el entramado de normas que regula la fase precontractual, contractual y post contractual no es suficiente para evitar el fraude de franquicias, ni evitar que los franquiciadores logren imponer su poder negociador y obliguen a firmar contratos con una clara posición de dominio. La causa principal radica en el hecho de que, EEUU es el país donde se encuentran las mayores empresas franquiciadoras del mundo, con capacidad de influir a través de sus *lobbys* en el núcleo de poder del país, para conseguir una posición de ventaja tanto en la fase de negociaciones como en el momento de la perfección del contrato.

La AAFD establece estándares equilibrados de prácticas justas en la comunidad de franquicias y para que los compradores de franquicias tengan criterios objetivos para evaluar una oportunidad de franquicia.

El éxito de formato de franquicia integrado por grandes franquiciadores y pequeños franquiciados ha llevado a un desequilibrio significativo en el poder de negociación entre las partes del contrato. Por norma general, el contrato de franquicia no proporciona un territorio exclusivo para operar, restringe las actividades del franquiciado como empresario independiente, establece que el franquiciador controla la ubicación de la franquicia y prohíbe al franquiciado continuar en el negocio después de la terminación de la franquicia.

Con frecuencia, el franquiciado dispone de una mera licencia para operar el negocio en nombre del franquiciador por la duración pactada. En estos casos, los acuerdos de franquicias especifican que el franquiciado no posee capital en el negocio y que, por tanto, el negocio pertenece al franquiciador.

La Asociación advierte a los futuros franquiciados del riesgo que supone comprar una franquicia sin una adecuada y eficiente evaluación de los elementos esenciales de esta y de sus circunstancias personales y financieras. Con esta finalidad, aconseja, dado el nivel de inversión que esta operación supone en relación con la capacidad financiera de la mayoría de ellos, que se asesoren adecuadamente por profesionales como abogados, asesores contables/financieros, consultores de franquicias, para que puedan efectuar, con

los debidos conocimientos, la oportuna valoración empresarial. Apoyarse en uno o varios consultores expertos en el ámbito económico/financiero y legal, les puede hacer ver aquellos aspectos que, por sus tecnicismos, se les pueden escapar con facilidad, tanto en la fase precontractual como contractual, evitando así vincularse contractualmente en contra de sus intereses.

Además, la AAFD pone a disposición de los interesados una hoja de ruta que les ayudará a realizar una adecuada elección, consistente en rellenar un cuestionario y una lista de consejos que les ayudará a actuar con la “diligencia debida”. Entre las preguntas que figuran en este cuestionario están las siguientes:

- a- ¿Tengo las habilidades necesarias para gestionar para una franquicia de esta naturaleza?
- b- ¿Tengo el dinero suficiente para asumir la inversión y el riesgo financiero para poder comprar la franquicia?
- c- ¿Cuánto dinero se necesita para financiar la compra de la franquicia, incluidos los gastos iniciales, la inversión en activos fijos y el capital circulante?
- d- ¿Si hace falta tengo capacidad y solvencia suficiente para endeudarme?
- e- ¿Cuál es el soporte que recibiré del franquiciador?
- f- ¿El estado de mis finanzas puede asumir el fracaso en esta inversión?
- g- ¿Cuál es la reputación de mi franquiciador entre el resto de franquiciadores?
- h- ¿Mi franquiciador posee el Sello de Franquicia Justa de la Asociación?

Por otro lado, entre los consejos que la Asociación realiza a los potenciales franquiciados, cabe destacar los siguientes:

- a- Tener en cuenta que promesas hechas por un franquiciador no son vinculantes a no ser que estén incluidas en el contrato de franquicia.
- b- Que un franquiciador disponga de un Documento de Divulgación de la Franquicia (FDD) no significa que el gobierno Estatal haya revisado y aprobado la franquicia.
- c- No se sienta presionado a la hora de firmar un acuerdo. Tenga en cuenta que es parte de la táctica del vendedor de franquicias crear una sensación de urgencia que no suele ser real.

- d- Hable con muchos franquiciados, incluidos aquellos que han abandonado la red y, a ser posible, cerca de la zona geográfica de su interés. El franquiciador debe dar los nombres de todos los que abandonaron la red en los últimos 3-5 años.
- e- No subestime los costes iniciales de ingresar en la franquicia. Asegúrese de tener los fondos suficientes para resistir financieramente hasta que su empresa tenga beneficios.
- f- Nunca asuma que por el hecho de que un franquiciador es miembro de la Asociación Internacional de Franquicias (IFA), es un franquiciador “reputado”.

Además, la Asociación dispone de un registro de franquiciadores que voluntariamente quieren adherirse para que, cumpliendo con los requisitos que esta exige, puedan ser acreditados con el “Sello de Franquicia Justa”.

Hemos de poner de manifiesto que, tanto las preguntas que le aconsejan al franquiciado que se haga antes de la firma de un contrato de franquicia para que reflexione sobre si está en condiciones de actuar como empresario en un potencial contrato de franquicia, como las advertencias para que pueda evaluarla de forma adecuada, me parecen muy interesantes, hasta el punto de que me permito plantear que deberían ser tomadas en consideración por la Asociación de Franquiciados de nuestro país, para su incorporación en su labor de defensa de los intereses de los franquiciados. Como también me parece de interés, la existencia de un registro en el seno de dicha organización, con franquiciadores merecedores según dicha Asociación del “sello de franquicia justa”.

### **c- EL FRAUDE DE FRANQUICIA (*FRANCHISE FRAUD*)**

Respecto del denominado fraude de franquicia resulta remarcable que en la web del FBI<sup>256</sup>, se señalen los siguientes extremos:

---

<sup>256</sup> Federal Bureau of Investigation. (2018, marzo 23). Common Fraud Schemes. Washington D. C: An official website of the United States government

“Los esquemas piramidales, también conocidos como fraude franquicia o esquemas de referencia en cadena, son fraudes de mercado e inversión en los cuales se le ofrece a una persona una distribución o franquicia para comercializar un producto en particular. La ganancia real se obtiene no por la venta del producto sino por la venta de nuevas franquicias. El énfasis en la venta de franquicias en lugar del producto lleva finalmente a un punto en que, la posibilidad de futuros inversores se agota y la pirámide se derrumba”.

En relación con lo anterior, KELL&HILLMAN<sup>257</sup> ponen de manifiesto que “no ayuda el hecho de que en EEUU la franquicia está regulada por una compleja red de normas y regulaciones integradas por la *FTC Franchise Rule*, las leyes estatales y las pautas o guías sectoriales.

Los franquiciadores que practican el fraude de franquicia intentaran presionar al franquiciado que abandona la red de franquicias para que firme un acuerdo de no divulgación de información, un acuerdo de confidencialidad o un acuerdo mordaza. El acuerdo mordaza evita que el riesgo de que el franquiciado haga una declaración que pueda prevenir a los nuevos franquiciados de conocer detalles importantes sobre el fracaso de dicha franquicia.

Desafortunadamente la *FTC Rule* y la *State Franchise Disclosure Documents (SFDD)* que gobiernan la venta de franquicias permiten a los franquiciadores obviar hechos negativos en relación con la evolución del modelo de negocio de las franquicias a los potenciales compradores de franquicias. Y, a la vez, negar también que hayan prometido cualquier posibilidad de éxito y de beneficios de estas en el FDD escrito y, en el vinculante y generalmente no negociado contrato de franquicia.

Los vendedores de negocios de franquicia y los mismos franquiciados parecen no tener una obligación bajo las actuales leyes y regulaciones de facilitar datos reales sobre la evolución negativa de la red a los nuevos compradores de franquicias, ni sobre si las nuevas franquicias han tenido una pobre o nula rentabilidad, así como respecto de las tasas de fracaso de los franquiciados iniciales o fundadores. Los ex franquiciados de la

---

<sup>257</sup>KERN & HILLMAN, LLC. (28 de marzo de 2018). *An overview of franchise regulation in the United States*. <https://www.franchiselawsource.com/overview/franchiseregulation.html>.

red tampoco tienen la obligación de facilitar información sobre sus negocios a los potenciales franquiciados.

En la *Franchise Rule* de 2007, en el Registro Federal al que se hace referencia en las páginas 15.505 a 15.506, se enumeran los comentarios de antiguos franquiciados sobre acuerdos de confidencialidad:

- a- Los antiguos franquiciados se quejaron de que el uso de cláusulas de confidencialidad es generalizado y varios de ellos instaron a la Comisión a prohibir el uso de cláusulas de confidencialidad como práctica comercial engañosa o desleal.
- b- Otros opositores a cláusulas de confidencialidad, incluidos los reguladores estatales y algunos franquiciadores, afirmaron que tales disposiciones "impiden que los futuros franquiciados conozcan la verdad mientras realizan su investigación de diligencia debida de una oferta de franquicia".
- c- El daño que se deriva de las disposiciones de confidencialidad va más allá de las ventas individuales de franquicias y señalaron que tales disposiciones intimidan a los franquiciados a no declarar ante comités legislativos y agencias públicas, como la Comisión Federal de Comercio (FTC).
- d- "El acuerdo mordaza ... me prohíbe poder responder preguntas y hacer comentarios de advertencia a otras personas que podrían estar considerando la franquicia con la que estuve".
- e- "El uso de órdenes de mordaza es casi del 100 por ciento en algunos sistemas de redes de franquicias".
- f- Tres franquiciados, Raymond Buckley, Roger C. Haines y David E. Myklebust, creyeron que estaban ocultos ante el fracaso del sistema de su franquiciador debido a las cláusulas de confidencialidad impuestas a los franquiciados actuales y anteriores.
- g- "Las "cláusulas de confidencialidad" generalmente liberan al franquiciador de la responsabilidad legal e impiden que el franquiciado, bajo la amenaza de una acción legal, realice declaraciones orales o escritas sobre el sistema de franquicia

o su experiencia con el negocio de la franquicia. El propósito de tales cláusulas es cerrar cualquier comentario público negativo sobre el sistema de franquicia.”

- h- "Había hablado con algunos de los franquiciados que habían abandonado el sistema. Ahora me siento seguro de que pintaron una imagen alejada de la verdad, basada en la orden de mordaza que impuso el franquiciador. Si hubiera obtenido la verdad de estas personas, mi decisión ciertamente habría sido diferente. A todos los franquiciados que abandonan el sistema se les ha colocado una orden de mordaza, lo que hace imposible que los franquiciados actuales y futuros conozcan los hechos".

A título de ejemplo, tenemos el caso del Estado de California, el más poblado y con más franquicias de EEUU, donde si un franquiciador mantiene menos del 25% de los ex franquiciados de California (no franquiciados a nivel nacional), por año, bajo un “acuerdo mordaza”, no hay violación de la Ley Californiana de Inversiones en Franquicias (*La California Franchise Investment Law*<sup>258</sup>). El “acuerdo mordaza” puede tener una cláusula en la que se indique que esta fue “firmada voluntariamente”.

## - GRAN BRETAÑA

Como tendremos ocasión de acreditar, en la actualidad no existe ningún otro país en Europa donde la franquicia este más carente de regulación específica que en Gran Bretaña; resultando además que en la fase precontractual no se toma en consideración ni el principio de la buena fe ni la *culpa in contrahendo* y, sin embargo, los tribunales utilizan lo que estipula el Código Ético de la BFA (*British Franchise Association*).

No existe regulación alguna y, por tanto, en relación con el deber de información, prevalece la regla del *cavent emptor*, según la cual “el comprador contrata bajo su propio

---

<sup>258</sup> STATE OF CALIFORNIA. (19 de diciembre de 2018). *California Government*. <https://www.ca.gov>

riesgo”, aunque las preguntas deben ser respuestas de forma veraz y honesta, de acuerdo con lo que establecen las leyes que gobiernan la *misrepresentation*<sup>259</sup>.

WORMALD<sup>260</sup> se refiere a la flexibilidad que el *common law* inglés da a la contratación, “permitiendo al propietario de la marca establecer estructuras híbridas combinando otros elementos. Existen unas pocas leyes que interfieren con esta flexibilidad, a excepción de las masters franquicias, donde existe una legislación sobre los esquemas de estructuras piramidales, que pueden restringir su uso por parte de los máster franquiciados para todo el país”.

No obstante, siendo así, el *common law*, que se rige por reglas muy diferentes a las del *civil law*, viene resolviendo conflictos en el ámbito de la franquicia desde hace décadas con todas garantías, sin que el sector de la franquicia haya explicitado en los diversos foros existentes preocupación alguna por la falta de tutela legal.

En relación con la formación del contrato, es razonable concluir que en el *common law*, existe un contrato cuando hay oferta y aceptación y serán los tribunales quienes deberán concluir si se cumplen dichos presupuestos jurídicos en el caso concreto. Sentado lo anterior, no podemos soslayar la existencia de casos en que los tribunales han mantenido que existe contrato, incluso en el supuesto en que pueda resultar difícil o imposible analizar el acuerdo adoptado en términos de oferta y aceptación. En este sentido, FURSMSTON<sup>261</sup> manifiesta que, bajo el *common law*, “para hacer justicia, los tribunales

---

<sup>259</sup> En las jurisdicciones del *common law*, una tergiversación o *misrepresentation* es una declaración de hecho falsa o engañosa realizada durante las negociaciones por una parte a otra, la cual induce a la otra parte a celebrar un contrato. La parte engañada normalmente puede rescindir el contrato y, a veces, también se le puede otorgar una indemnización por daños y perjuicios (en lugar de la rescisión). La ley de la tergiversación es una amalgama de contrato y agravio ; y sus fuentes son el derecho consuetudinario , la equidad y la ley . El *common law* fue modificado por la Ley de Tergiversación de 1967

<sup>260</sup> WORMALD, C. (01 de noviembre de 2018). *Domestic and international franchising, master franchising, and regulation of franchise agreements in the UK*. Thomson Reuters Practical Law. Pág.2.

<sup>261</sup> FURSMSTON, M. (2016). *Law of contract*. Oxford University Press. Pag.85.

pueden tener que ir más allá de las inferencias inmediatas a partir de palabras y actos, y pueden verse tentados o impulsados a construir un contrato entre personas que, a primera vista, parecen no estar en absoluto en relación contractual entre sí (Caso *Clarke vs Dunraven*)”.

Por otra parte, en la práctica se constata en Gran Bretaña la presencia de todos los modelos de franquicia. En este sentido, la elección del modelo dependerá de diferentes factores comerciales, incluyendo la naturaleza del negocio, el nivel de inversión requerido y el perfil del franquiciado ideal.

Así pues, la regulación de la franquicia en el Reino Unido se sintetiza en:

- a- No hay obligaciones de registro.
- b- La distinción legal entre franquiciados, consumidores y agentes es clara.
- c- No existe un deber general de buena fe bajo la ley inglesa que aplique a las franquicias.
- d- No existe ningún tipo de obligación formal en relación con el deber de información precontractual de las partes, ni requisitos legales para el registro de franquicias, pero los franquiciadores en su fase de venta de su franquicia si están sujetos a la *Misrepresentation Act* de 1967, en relación con la información suministrada falsa; así como a la *Fair Trading Act* de 1973, a la *Trading Schemes Act* de 1996 y a la *Trading Schemes Regulations* de 1997 que regulan los esquemas de ventas piramidales. Sus disposiciones están diseñadas para evitar que las personas sean engañadas con esquemas de venta piramidal. Esto haría imposible la franquicia sin las exenciones provistas por el *Trading Schemes (Exclusion) Regulations* de 1997, según el cual un contrato está exento de la aplicación de la *Misrepresentation Act* de 1967, cuando:
  - a) La franquicia opera como un esquema comercial de un solo nivel, es decir, el franquiciador y un solo nivel de franquiciados por debajo de él.
  - b) Las disposiciones que se ocupan de estos problemas deben incluirse en los acuerdos de franquicia nacionales para garantizar que se aplique la exención.



En relación con las estructuras piramidales del *common law* inglés, WORMALD<sup>262</sup> manifiesta que “existen unas pocas leyes que interfieren en esta flexibilidad, a excepción de las masters franquicias, donde existe una legislación sobre los esquemas de estructuras piramidales, que pueden restringir su uso por parte de los máster franquiciados para todo el país”.

Por norma general, mediante las cláusulas de exclusión un franquiciador busca excluir su responsabilidad por declaraciones precontractuales y tergiversaciones, considerándolas los tribunales como inaplicables. En este sentido, WORMALD<sup>263</sup> añade “particularmente en reclamos de tergiversación financiera, donde el franquiciador no puede demostrar que las declaraciones hechas en el proceso de venta de franquicias tenían una base de hecho. Los tribunales pueden actuar en favor del franquiciado, considerando que ha tenido una posición débil en la negociación, cuando se enfrenta a un contrato de forma estándar no negociable, y cuando se basa en la experiencia del franquiciador. Estas cláusulas no protegerán al franquiciador donde haya habido fraude, y deben redactarse expresamente para que no se apliquen en casos de fraude”.

Según la visión de parte de la doctrina británica, la ley inglesa sigue siendo una opción normativa atractiva para los franquiciadores internacionales que deseen hacer negocios

---

<sup>262</sup> WORMALD, C. (01 de noviembre de 2018). *Domestic and international franchising, master franchising, and regulation of franchise agreements in the UK*. Thomson Reuters Practical Law. Pág.2.

<sup>263</sup> WORMALD, C. (01 de noviembre de 2018). *Domestic and international franchising, master franchising, and regulation of franchise agreements in the UK*. Thomson Reuters Practical Law. Pág.3. Así lo manifestó el juez Lord Ackner, en el caso *Walford v. Milles* (1992) 1 All ER 453, que ante la pregunta de si las partes podían imponer un deber de buena fe, respondió: “Cada parte de las negociaciones tiene derecho a perseguir sus propios intereses, siempre y cuando evite hacer declaraciones falsas. Para favorecer este interés, debe tener derecho a, si lo considera apropiado, a amenazar con retirarse de una negociación posterior o con la esperanza de que la parte contraria pueda tratar de reabrir las negociaciones ofreciéndole mejores condiciones. (...) un deber de negociar de buena fe es inviable en la práctica, ya que es inherentemente inconsistente con la posición de la parte negociadora”.

en el Reino Unido. Si bien, téngase en cuenta que en el Reino Unido no hay leyes específicas sobre la franquicia.

Al no existir una definición en el derecho inglés de franquicia, ni haberse construido por la doctrina jurisprudencial, tenemos que recurrir a la que ofrece la *British Franchising Association*, a través de su código de ética (*BFA Code of Ethics*), tomada del Código Europeo de Ética de la Franquicia.

El BFA también obliga a los franquiciadores a entregar una copia de su Código Ético a los potenciales franquiciados antes de la formalización del contrato y que los depósitos monetarios como garantía de los futuros franquiciados le sean desembolsados si el contrato no llega a buen fin, aunque los franquiciadores pueden retener los gastos incurridos en relación con la solicitud de dicho franquiciado.

El *BFA Code of Ethics* requiere que tanto franquiciador como franquiciado ejerzan un principio de “imparcialidad” en sus tratos y, en su art. 2.2<sup>264</sup>, se especifican los requisitos que debe cumplir un franquiciador miembro de esta asociación para poder vender franquicias.

Consideramos remarcable la importante función que el *BFA Code of Ethics* realiza en Gran Bretaña, supliendo en parte la función que una norma legal específica en relación con el ámbito de la franquicia, tanto para la concreción de una definición de lo que se entiende por franquicia, como para una regulación de la fase precontractual, incluyendo el deber de información. En este sentido, ZEIDMAN<sup>265</sup> manifiesta que “en Gran Bretaña, no existe ninguna regulación referida a la venta de franquicia, no obstante, el *BFA Code of Ethics* impone algunos requisitos a sus franquiciadores miembros, como el haber estado operando al menos una unidad antes de la oferta, ser el propietario o tener los

---

<sup>264</sup> Art. 2.2 *BFA Code of Ethics*: “a) Antes de iniciar la red de franquicias, debe haber operado un modelo de negocio con éxito, durante un tiempo razonable y en al menos una unidad piloto, b) Ser propietario o tener los derechos legales sobre el uso de la denominación comercial, las marcas comerciales y otras identificaciones de la red, c) Proporcionar al franquiciado formación inicial y Asistencia comercial técnica continuada durante toda la duración del contrato, d) *Misrepresentation*, en Derecho inglés es una declaración falsa por parte de una de las partes contractuales que impulsa a la otra a celebrar el contrato”.

<sup>265</sup> ZEIDMAN, P. F. (2018). « *Franchise. Getting the Deal...* ». Op. Cit. Pág. 161.

derechos de la marca de la franquicia y suministrar a los franquiciados una formación y asistencia en la fase inicial y durante la explotación de la franquicia”.

## - ITALIA

Conforme a lo comentado con anterioridad, Italia es el único país de la UE que a través de la *Legge 129/2004 de “Norme per la Disciplina delle Affiliazione Commerciale”* regula el contrato de franquicia, tratándose de una normativa específica para este tipo de contratos, ya que hasta su entrada en vigor su regulación se sustanciaba exclusivamente a través de las normas generales del Código Civil italiano. Remarcando FRIGNANI<sup>266</sup> que “hasta el momento de la promulgación de la *Legge*, el contrato de franquicia en Italia, hasta aquel momento y al igual que en el resto de los países de la UE, era atípico, no existiendo tampoco normativa en relación con la fase precontractual”.

La *Legge 129/2004*, en sus arts. 4, 5 y 6<sup>267</sup>, regula las obligaciones precontractuales de las partes, lo que constituye la primera norma en Italia en el ámbito de la fase

---

<sup>266</sup> FRIGNANI, A. (2012). *Il contratto di franchising (orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004)*. Milán: Giuffrè Editore. Pág. 54.

<sup>267</sup> “*Legge 129/2004 de 6 Maggio 2004, Norme per la Disciplina dell’Affiliazione Commerciale:*”

“Art.4.1 Obligaciones del franquiciador: “Al menos treinta días antes de la firma de un contrato de afiliación comercial, el franquiciador debe entregar al aspirante afiliado una copia completa del contrato que se firmara, acompañado de los siguientes anexos, con la excepción de aquellos para los cuales existan requisitos de confidencialidad objetivos y específicos”.

“Art.5- “Obligaciones del franquiciado: no podrá transferir su sede o establecimiento sin el previo consentimiento del franquiciador. Además, deberá guardar, y hacer que sus dependientes guarden, confidencialidad sobre la actividad objeto de negocio, aun después de la resolución del contrato”.

“Art.6- “El franquiciador deberá actuar en todo momento de buena fe y suministrar al franquiciado toda información que este último considere necesaria para conformar el contrato a no ser que se considere información objetivamente reservada o cuya divulgación suponga la violación de los derechos de un tercero. En caso de no proporcionar la información requerida por el franquiciado el franquiciador deberá justificar las causas de su falta. Por su parte el franquiciado, deberá comportarse en todo momento con lealtad y buena fe y proporcionar al franquiciador todo dato que se considere oportuno para la estipulación del contrato, aunque no haya sido requerido por este último.”

precontractual de la franquicia e inspirando, de alguna manera, a los legisladores de otros países de la UE, como sucede en el caso de España o Francia.

Respecto de la información precontractual que el franquiciador debe entregar al franquiciado, la encontramos regulada en el art. 4.1 de la *Legge* 129/2004. Contiene un deber de información para el franquiciador que debe entregar con una antelación mínima de 30 días antes de la firma del contrato, detallando aquella información que deberá suministrar, mientras que el art. 6.3 LF lo establece para el franquiciado, sin concretar la información a suministrar, pero dejándola a lo que se pueda esperar de un actuar conforme al principio de la buena fe, aunque el franquiciador no se lo hubiera solicitado.

Nótese que el Código Civil italiano, contiene una serie de preceptos que están relacionados con la fase precontractual de los contratos. El art. 1337 del CCi, que trata de “Negociaciones y responsabilidad contractual”, determina que “las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe”. A continuación, el art. 1338 CCi determina que “la parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez de un contrato, no se lo ha comunicado a la otra parte, está obligada a resarcir el daño sufrido por esta por el hecho de haber confiado, sin culpa suya, en la validez del contrato”; pudiéndose concluir que el supuesto de hecho constituye también un caso de vulneración del principio de la buena fe del art. 1337 CCi.

En este sentido, el art. 1341 CCi se refiere a las Condiciones Generales de la Contratación y determina que estas cláusulas solo serán válidas si el ofertante las comunicó a la contraparte antes de la formalización del contrato o, en su defecto, este último debió haberlas conocido aplicando una diligencia ordinaria.

La interpretación de los contratos se regula en el art. 1362 CCi. Se deberá considerarse la intención de las partes, con lo cual, se pone de manifiesto que se deberá conocer lo conversado y comunicado durante los tratos preliminares, para conocer cuál fue la verdadera intención de las partes en cada caso.

Consideramos que la finalidad tuitiva de la parte débil del contrato está presente en la *Legge*, ya que se parte de la premisa de una asimetría informativa y de poder entre las partes negociadoras, y por tanto, sobre la capacidad de negociación. Y, al igual que en derecho español y francés, la norma italiana se limita a regular exclusivamente los

contratos de franquicia de distribución comercial y de servicios, dejando al margen, de forma implícita, a las franquicias industriales. Distinción que no es ajena a lo que establece la normativa comunitaria, como en el caso del Reglamento 4087/88, el 2790/99 y finalmente el 330/2010 que derogó los dos anteriores.

Como ya se ha comentado, la *Legge* es una ley parca de 9 preceptos, con un contenido muy limitado tanto en la parte referida al contrato, como en la fase precontractual, por lo que adolece de importantes carencias que, como en el caso español, deberán ser resueltas por los principios y normas del Código Civil, del Código de Comercio y del *soft law* de la contratación nacional e internacional.

#### - ALEMANIA

En Alemania no hay leyes específicas ni agencias gubernamentales que regulen la fase precontractual del contrato de franquicia ni el contenido del contrato de franquicia (Ley Modelo UNIDROIT sobre la información – franquicia. Roma 2007). El acervo normativo que da cobertura legal a esta materia toma en consideración las disposiciones generales del derecho contractual del Código Civil, el derecho de Consumidores, el derecho mercantil contenido en el Código de Comercio, el derecho de la competencia y el derecho de la competencia desleal. No existe tampoco requerimiento alguno de registro para los franquiciadores.

Como consecuencia de diferentes directivas comunitarias y, especialmente, mediante la transposición de la Directiva 1999/44/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo 1999, se aprobó la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, de 16 de noviembre de 2001 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), que entró en vigor el 1 de enero del 2002.

Esta Ley, codificó la figura de origen jurisprudencial de la *culpa in contrahendo*, expresión acuñada en su día por Ihering para referirse a la responsabilidad que se puede incurrir durante la fase precontractual consistente en que quien provoca el error en la declaración de la voluntad de contratar de la otra parte debe responder, porque ha incurrido

en negligencia en la fase de formación del contrato. Con fundamento en el reconocimiento legal de que en el marco de las conversaciones precontractuales puede existir responsabilidad por *culpa in contrahendo*, entre otros supuestos, por la iniciación de negociaciones para la preparación de un contrato. En esta línea argumental, ASÚA GONZÁLEZ<sup>268</sup> concibe la *culpa in contrahendo* “como un instituto basado en la costumbre jurídica que hace responsable a quien en la fase precontractual ha realizado un comportamiento lesivo contrario a los imperativos de la buena fe en sentido objetivo”.

La obligación precontractual, según se define en la sección 311 BGB, está fuertemente influenciada por el principio general de buena fe establecido en la sección 242 BGB: “Un obligado tiene el deber de cumplir con los requisitos de buena fe, teniendo en cuenta las prácticas habituales”.

Los tribunales alemanes, a la hora de resolver conflictos de franquicias, tienen en cuenta también lo que determina el Código de Ética de la Asociación Alemana de Franquicias (*Deutscher Franchiseverband e.v.*)<sup>269</sup>.

El ordenamiento jurídico alemán constituye un caso más - , al igual que en Gran Bretaña - de aparente desregulación en el ámbito precontractual de la franquicia, dado que no existe ninguna ley especial que la regule, pero en este caso respecto del sistema jurídico del *civil law*. Lo cual, como veremos, no constituye un impedimento para que los tribunales alemanes no encuentren arsenal normativo suficiente para dar una respuesta eficaz a los conflictos que se plantean en la fase precontractual, jugando un rol fundamental el principio de la buena fe, presente en todos los ámbitos del derecho de obligaciones recogido en el Código Civil Alemán, en el Código Ético de la Asociación de Franquicias y en la doctrina jurisprudencial.

---

<sup>268</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2003). Codificación de la *culpa in contrahendo* en el derecho alemán. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid: Civitas. Pág. 932.

<sup>269</sup> *DEUTCHER FRANCHISEVERBRAND*. (2018). <https://www.franchiseverband.com/aktuelles-erfahren/>

## - FRANCIA

Según nuestro criterio, en el tratamiento jurídico de la franquicia en Francia merecen ser destacados dos hechos. El primero lo constituye el autorizar a los tribunales franceses la posibilidad de llegar a interferir en el proceso de selección de un franquiciado, señalándolo como hábil, después de haber sido rechazado por el franquiciador, si el tribunal consideró que los criterios utilizados fueron vagos y discriminatorios, lo cual desde el estricto respecto al principio de autonomía de la voluntad, resulta sumamente criticable por intervenir los tribunales en el marco de una decisión empresarial que, en última instancia, podrá acarrear graves riesgos para el franquiciador, si como fruto de esta decisión judicial estamos ante una errónea selección del franquiciado. El segundo hecho a destacar lo constituye la exigencia de que los establecimientos franquiciados que tengan más de 300 m<sup>2</sup> necesiten la autorización del Comité de Desarrollo Comercial (CDAC).

Por lo demás, el cuerpo normativo francés relativo a la fase precontractual de la franquicia guarda muchas similitudes con el español, a excepción del rol de la Federación Francesa de Franquicias en su función supervisora del documento de divulgación de la información por parte del franquiciador y del cumplimiento de su Código Ético.

Actualmente, el Derecho de obligaciones y contratos en Francia está regido por la Ordenanza n° 2016-131, de 10 de febrero de 2016, que ha culminado un proceso de reforma del derecho francés de obligaciones y contratos, suponiendo el mayor cambio en esta materia desde la promulgación del Código Civil de 1804.

El nuevo derecho de obligaciones y contratos modificó los artículos 1101 y ss. del CCf, que habían permanecido inalterados desde 1884. En este sentido, lo referido a la parte de la formación de los contratos, está contenido en los artículos comprendidos entre los artículos 1112 al 1187 CCf.

En el art. 1104 CCf se consagra el principio de la buena fe en la fase preparatoria del contrato, cuando reza “Los contratos deben ser negociados, formados y ejecutados de buena fe”, consagrando legalmente una solución ya admitida por la jurisprudencia. Asimismo, se precisa en el párrafo 2º que el deber de buena fe es una disposición de orden público.

En relación con las negociaciones en la fase precontractual, el art. 1112 CCf, después de establecer la libertad poder de iniciar, desarrollar y terminar las negociaciones, con base el principio general de libertad de contratar, previsto en el art. 1102 CCf, insiste en el deber de dar cumplimiento a la exigencia de un actuar de buena fe. Refiriéndose, en su párrafo 2, a la responsabilidad del que actuando con culpa ha causado un daño en la iniciativa, desarrollo o ruptura de las negociaciones, precisando un resarcimiento en este supuesto.

Los arts. 1113 y 1121 CCf están referidos a la oferta y a la aceptación. Concretamente, el art. 1113 hace referencia a que el contrato está formado por el encuentro de una oferta y de una aceptación, en virtud de las cuales las partes manifiestan su voluntad de contratar.

## **2.4 EL *SOFT LAW* DE LA CONTRATACIÓN**

### **2.4.1 CONSIDERACIONES GENERALES**

De lo que antecede podemos destacar que en el ámbito normativo expuesto y que afecta a los diferentes ordenamientos jurídicos europeos se constata la existencia de una regulación muy escasa, por no decir insignificante, respecto de la fase precontractual de los negocios jurídicos.

Pues bien, frente a la antedicha realidad normativa , como tendremos ocasión de analizar con más detalle, en el *soft law* sobre derecho de la contratación europeo e internacional , se aprecia un notable interés en la regulación de esta fase precontractual de los negocios jurídicos, lo cual se desprende de la simple lectura del contenido de sus propuestas, distinguiéndose con claridad las fases de la preparación y de la perfección del contrato, destacando a tales efectos el Marco Común de Referencia (DCRF). En este sentido, buena prueba de ello, lo acredita el hecho que el *soft law* europeo de la contratación venga constituyendo una importante y frecuente referencia por parte de los tribunales españoles y europeos a la hora de resolver conflictos en el ámbito de la franquicia y, a la vez, siendo un recurso inspirador para la modernización del derecho contractual por parte de los legisladores de los diferentes países de la UE.



La homogeneización del derecho de contratos es, sin duda, uno de los pilares fundamentales para la implementación de un mercado único en la UE. En el momento de contratar, las partes tienen la convicción de que quedan sujetas por su fuerza obligatoria y que en caso de incumplimiento tendrán la posibilidad de exigir su ejecución forzosa o de exigir una indemnización por los daños y perjuicios causados. Así pues, la unificación del derecho de la contratación privada en el ámbito europeo redundaría, sin duda, en una mayor seguridad jurídica y, en definitiva, en una reducción de los costes de transacción.

Del mismo modo que en España se observa un total inmovilismo a la hora de afrontar una reforma en profundidad el Libro IV del Código Civil, relativo a las obligaciones y los contratos, lo mismo cabe constatar en la UE. Las autoridades de la UE conscientes de esta realidad optaron por la unificación del derecho internacional privado, mediante el instrumento normativo del reglamento europeo, dado su alcance general, su obligado cumplimiento y que no precisa de un proceso legislativo de transposición interna por parte de los Estados miembros; consiguiéndose de esta forma que la Unión Europea incida directamente en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales como si se tratase de una verdadera ley interna, sin tener que pasar por los trámites legislativos en sede parlamentaria.

Trabajos como Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos - “*Principles of European Contract Law*”-(PECL o Comisión Lando)<sup>270</sup> están dando sus frutos, al ejercer una enorme influencia en las reformas del derecho privado interno de los Estados miembros de la UE. Los PECL vienen a establecer una serie de reglas comunes del derecho contractual europeo, calificadas por el mismo Tribunal Supremo como “instrumento inspirador de la modernización del derecho de obligaciones y contratos español”.

---

<sup>270</sup> Estos principios tienen la doble virtud de constituir el primer ejercicio académico de elaboración de un *soft law* europeo sobre esta materia, y de haber sido adoptados con gran intensidad por el DCFR, el marco común de referencia para el derecho privado europeo (*Draft Common Frame of Reference*), siendo esta última la más relevante iniciativa de *soft law* para la unificación del Derecho privado europeo. En este sentido PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2014). *El proceso de modernización del Derecho contractual europeo*. Dykinson, p. 90; y Urrea Salazar, M. J. (2016). Derecho Internacional Privado Europeo. *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*. Págs. 4-9.

El Libro Verde sobre opciones políticas para avanzar hacia un derecho contractual europeo para los consumidores y las empresas, publicado por la Comisión Europea el 1 de Julio del 2010, representó el impulso necesario para avanzar en la elaboración del Marco Común de Referencia (DCFR), que se aprobó en 2011<sup>271</sup>.

El deseo de un derecho contractual moderno no es, por supuesto, afán único de los juristas españoles. El Estado alemán actualizó su derecho de obligaciones en 2002 y Francia lo hizo más recientemente a través de la *Ordonnance n° 2016-131*, de 10 de febrero de 2016. Pero esta corriente ha alcanzado dimensiones europeas a través de los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (PECL) y del Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR), si bien, ambos son modelos carentes de fuerza vinculante y de aplicación exclusivamente voluntaria por parte de los operadores jurídicos. Lo que se conoce bajo el término de “*soft law*”.

La Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional trata de la formación del contrato en preceptos estructurados sobre el concepto de la “confianza creada”, considerando lo negociado durante la fase precontractual como fundamento interpretativo de los contratos (art. 8)<sup>272</sup>.

---

<sup>271</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2010). El camino hacia un Derecho civil europeo armonizado, una tarea... ¿llegando a su final? *Actualidad Civil, Nro. 11*, 1-50., considerando que supuso “el abandono de ciertas figuras, y la incorporación de otras. Destacando la desjudicialización y la persistencia del modelo clásico del acuerdo de voluntades generador de obligaciones, así como el hecho de que se regule el contrato de adhesión y se identifiquen nociones tales como la de justicia contractual”.

<sup>272</sup> Art. 8 Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: “a los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención”. 2. “si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte”. 3. “Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”.

## 2.4.2 LOS PRINCIPIOS DEL D. EUROPEO DE LOS CONTRATOS (PECL)

La resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 instó a los Estados miembros de la UE para que comenzaran los trabajos para la redacción de una ley para la elaboración de un código unificado de derecho privado.

Fue a través de dicha resolución que comenzaron diferentes iniciativas normativas desde diferentes ámbitos, siendo una de ellas, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, elaborados por un grupo de profesores dirigidos por el danés Ole Lando, los cuales fueron aprobados en su totalidad en el 2001.

Los PECL, aprobados en un momento en que se había iniciado un proceso de codificación a nivel internacional del derecho de obligaciones y contratos, iban a convertirse también en el fundamento conceptual de un derecho contractual europeo, tanto a nivel nacional como regional (caso del Código Civil Catalán).

El ámbito de aplicación de estos principios lo establecen los art. 1:101<sup>273</sup> y 1:102, refiriéndose a la libertad contractual para la formación del contrato, determinan que “Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe.” El principio de la buena fe del art. 1:102 PECL, estableciendo una norma de comportamiento, ha influido en la regulación del Código Civil Catalán o en la doctrina jurisprudencial española y seguirá influyendo en la codificación del derecho de obligaciones y contratos de los diferentes Códigos Civiles de la UE.

En la Sección 2: Deberes Generales se establece un deber para ambas partes de actuar conforme a la buena fe. Se hace eco de este deber general la STS nº547/2015, de 20 de

---

<sup>273</sup> Art. 1:101 PECL: 1- “Los presentes principios tienen como finalidad ser aplicados como reglas generales del derecho de los contratos en la UE”. 2- “Serán de aplicación cuando las partes hayan acordado incorporarlos al contrato o someter su contrato a los mismos”. 3- “También podrán aplicarse cuando las partes hayan”: “a) Convenido que su contrato se rija por los principios generales del derecho, la “*lex mercatoria*” o hayan utilizado expresiones similares. “b) No hayan escogido ningún sistema o normativa legal que deba regir su contrato”.

octubre 2015<sup>274</sup>. En este sentido, REDONDO TRIGO<sup>275</sup> sugiere que “los presentes principios pueden aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o la normativa legal aplicable”.

Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL) regulan también las negociaciones y su posible ruptura durante la fase precontractual. Los principios hacen alusión a un comportamiento basado en el principio general de la buena fe, encontrándose regulado en el art. 2:301 PECL<sup>276</sup>, relativo a las “negociaciones contrarias a la buena fe”, que plantea la libertad negocial, la responsabilidad precontractual y un caso concreto de negociar con mala fe. Términos que guardan una semejanza con la tutela que ofrece el art. 7 de nuestro CC. Con este precepto, se pretende impedir que la parte contratante que obra de este modo pueda confiar en su conducta deshonesto o irrazonable, estando condenado a indemnizar los daños y perjuicios que su comportamiento haya generado.

---

<sup>274</sup> STS n°547/2015 de 20 de octubre (ROJ: STS 4338/2015; Id. Cendoj: 28079110012015100568); Recurso: 621/2012; Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO; Fundamento de Derecho

*“(…) deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio (...)"*

<sup>275</sup> REDONDO TRIGO, F. (2010). De los Principios Lando al Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo. ADC, Págs. 1655 y ss.

<sup>276</sup> Art. 2:301 PECL: “negociaciones contrarias a buena fe. (1) las partes son libres de negociar y no son responsables por el hecho de que no se alcance un acuerdo. (2) sin embargo, la parte que hubiera negociado o roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. (3) Es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra.”

Debemos concluir que la propuesta del art. 2:301(3) PECL nos parece incompleta, dado que no se precisa dónde está el límite para declarar como justo el poner fin a unas relaciones precontractuales, ni trata las figuras intermedias como el precontrato o la carta de intenciones y, cómo estos documentos contractuales, pueden influir en el tipo de comportamiento y la consiguiente naturaleza de su responsabilidad.

Las Partes I y II de los PECL contienen el principio de buena fe. Como norma de carácter interpretativo de la ley el art. 1: 106 PECL determina que “estos principios deben interpretarse y desarrollarse de acuerdo con sus objetivos. En especial, debe tenerse en cuenta la necesidad de promover la buena fe y el trato justo, la seguridad en las relaciones contractuales y la uniformidad de la aplicación” y, como norma de comportamiento, tenemos el art. 1: 201 PECL, señalando que “cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe”. Y, el art. 1:302, nos ofrece una definición de lo que es “razonable”, al describir que “para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal”. Además, determinan que la "buena fe" es principalmente una noción subjetiva y el "trato justo" lo es objetiva, razón por la cual siempre se usan juntas, al igual que "*Treu und Glauben*" en Alemania.

Así mismo, el art. 4:106, en relación con la validez de los contratos, se refiere al caso de celebración de un contrato considerando los efectos de haber soportado “información incorrecta”. Relacionado con esta circunstancia tenemos también los arts. 4:103 Error y 4:107 Dolo.

En los PECL podemos encontrar una serie de reglas específicas que se consideran expresiones de "buena fe y trato justo". Sería el caso de las referidas a la etapa precontractual:

- a- El deber de una parte de no negociar un contrato sin una intención real de alcanzar un acuerdo con la otra parte (Artículo 2: 301).
- a- El deber de no revelar información confidencial dada por la otra parte en el curso de las negociaciones (Artículo 2: 302).
- b- El deber de no aprovechar injustamente la dependencia de la otra parte, la angustia económica u otra debilidad (Artículo 4: 109).

El precepto 2:301 PECL inspiró a los profesores de derecho civil en España para la elaboración de la PMCC, dado que su contenido no está todavía presente en el ordenamiento jurídico español y que, de *lege ferenda*, sería necesario incorporarlo dada su trascendencia jurídica en el tráfico mercantil.

Los PECL utilizan la “razonabilidad” como criterio, si bien, según el art. 1: 302, “lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal”. En particular, al evaluar lo que es razonable, la naturaleza y el propósito del contrato, se deben tener en cuenta las circunstancias del caso y los usos y prácticas de los oficios o profesiones involucradas.

Por otro lado, la dimensión formal no está ausente en la noción de buena fe y trato justo, ya que se considera como un medio para garantizar que la justicia prevalezca cuando “la ley o un término contractual válido puedan dadas ciertas circunstancias conducir a un resultado manifiestamente injusto”.

### **2.4.3 EL PROYECTO DE PAVÍA DE CÓDIGO EUROPEO DE LOS CONTRATOS**

En 1992 se constituyó en Pavía (Italia), el grupo de trabajo integrado por prestigiosos juristas, con el nombre de la Academia de *Iusprivatistas* europeos, procedentes de distintos países de la Unión Europea y de Suiza, con la finalidad de estudiar la posibilidad de unificar el derecho de los contratos en Europa. Posteriormente, se incorporaron otros juristas de España, países del este de Europa y de América Latina.

La redacción final corrió a cargo de G. Gandolfi, actuando como coordinador para la elaboración de dicho documento, motivo por el cual se le llama también “Anteproyecto

Gandolfi”, siendo aprobado en el 2004. En opinión de VATTIER FUENZALIDA<sup>277</sup>, “en el documento se han omitido las categorías abstractas que podían encontrar alguna oposición en el derecho anglosajón y de aquí que no se mencione el negocio jurídico y que la obligación aparezca solo como un efecto típico del contrato. Tampoco hay una cláusula general de buena fe, aun cuando existen numerosas aplicaciones concretas de la misma”.

Para conseguir el objetivo propuesto, la Academia de *Iusprivatistas* europeos, partió del Código Civil italiano (a camino entre el alemán y el francés) y del proyecto británico de *Contract Law* de McGregor, considerando además elementos del código civil español, portugués y suizo de las obligaciones, el holandés y el de Quebec, además de todos los americanos, incluyendo también el contenido de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional, sin perjuicio de las directivas comunitarias protectoras de consumidores. Las reglas contenidas pretenden regular contratos tanto nacionales como internacionales, entre empresarios o con consumidores, de índole civil o mercantil.

Según el contenido del Anteproyecto, el hecho de mantener conversaciones durante la fase precontractual es libre, y como consecuencia, no genera ningún tipo de responsabilidad para las partes por el hecho de que el contrato no llegue a formalizarse, a no ser que exista un comportamiento contrario a la buena fe, como sería el caso de una interrupción injustificada de los tratos, una vez que una de las partes ha conocido los elementos esenciales del contrato. Lo mismo ocurriría cuando exista una infracción positiva o negativa del deber de información.

En relación con la regulación de las cláusulas implícitas, el art. 32.2 las considera indirectamente una contractualización de las manifestaciones que se hagan las partes durante esta fase precontractual, en relación con una situación o expectativa de hecho o de derecho, relativa a los sujetos, el contenido o los fines del contrato, si bien con la limitación de que estas se correspondan con el contenido del contrato y que hayan podido determinar el acuerdo entre las partes.

Según nuestro criterio, es de destacar, en lo relativo a la fase precontractual, la relevante aportación que hace sobre el deber de información el art. 7.1 PP concretado para sendas

---

<sup>277</sup> VATTIER FUENZALIDA, C. (2008). “El Derecho europeo de contratos...”. Op. Cit. Págs. 1842-1865.

s partes del contrato. Como también lo es el hecho de que en el documento no esté considerada la buena fe como principio general, sino que se encuentre incorporada en algunos de sus apartados.

#### **2.4.4 LOS PRINCIPIOS *UNIDROIT***

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) fue creado en 1926 y es, en la actualidad, una organización intergubernamental independiente, con sede en Roma, cuya finalidad es analizar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado y el comercial, en particular, entre los Estados, formulando modelos de leyes, principios o reglamentos uniformes para alcanzar dichos objetivos.

Uno de los instrumentos de UNIDROIT que ha alcanzado una mayor repercusión jurídica a nivel internacional son los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, los cuales establecen una serie de recomendaciones que los estados pueden incorporar en sus ordenamientos jurídicos.

Valoramos, de forma relevante la aportación que El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) ha realizado a través de los Principios UNIDROIT y de la Ley Modelo UNIDROIT, como fuente inspiradora para la redacción del APLCM y el PMCC español, actualmente en sede parlamentaria.

Los Principios establecen en su art. 1.7 PU que “las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”. En comparación con los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), este precepto difiere de aquel en que se refiere a un deber de actuar con “lealtad negocial”, en vez de “trato justo” y, añade, una importante obligación para las partes consistente en que “pueden excluir ni limitar este deber”.

El tenor literal del art. 1.7 PU pone de manifiesto que este precepto no fue fruto de una solución de consenso entre las partes negociadoras de una y otra tradición jurídica, ya que en este caso primó la visión civilista. Y ello, de modo especial, dado que el precepto forma



parte de las disposiciones generales. El precepto claramente indica que bajo el sistema de los Principios de UNIDROIT el comportamiento de las partes debe cumplir con la buena fe y el trato justo, durante toda la vida del contrato, incluido durante el proceso de negociación.

Los Principios UNIDROIT se refieren también a la formación del contrato, en los arts. 2.1.1 y ss., PU, en los que se trata de la oferta y la aceptación. Concretamente, el art. 2.1.1 PU prevé que “el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo”. Y en los arts. 2.1.15 y ss.<sup>278</sup> PU, se aborda la responsabilidad precontractual por la ruptura de los tratos y los deberes de confidencialidad.

El principio de la buena fe, referido a la fase precontractual, lo podemos encontrar en otros preceptos de los Principios, ya sea en su aspecto positivo, o en su versión negativa mediante las locuciones “manifiestamente injusto”, “manifiestamente justo”, o “estándares razonables de justa negociación”. En este sentido, BONELL<sup>279</sup> aclara que “los Principios de UNIDROIT siguen un enfoque similar en la mayoría de los sistemas de *civil law*, pero no ocurre lo mismo con los de *common law* que, incluso cuando se admite la buena fe y el trato justo como principio general, limitan su aplicación básicamente al funcionamiento de contratos”.

---

<sup>278</sup> Art. 2.1.15 de los Principios UNIDROIT: “Negociaciones de mala fe: (1) las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. (2) sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.”

Art. 2.1.16 de los Principios UNIDROIT: “deber de confidencialidad: si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”.

<sup>279</sup> BONELL, M. J. (1995). *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?* *Tulane Law Review*, Vol. 69, Nro. 5, 1138.

Los arts. 3.10 y 3.10 III PU hacen referencia a los remedios que la ley provee para aquellos supuestos de abuso de posición de dominio o de “excesiva desproporción”, tal como el precepto lo describe, con una clara intención de proteger a la parte débil en la negociación de un contrato con un clausulado excesivamente favorable para el franquiciador<sup>280</sup>.

La doctrina anglosajona plantea el dilema que se suscita al intentar traducir el concepto “moral” en un principio jurídico contractual. Según esta doctrina, las infinitas perspectivas de lo moral y lo justo, y por extensión, de la buena fe conllevan, de forma natural, la incertidumbre.

Es de destacar que los Principios UNIDROIT sirvieron de inspiración y guía a los miembros de la Comisión Codificadora del Ministerio de Justicia que elaboró el APLCM.

#### **2.4.5 PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW (DCFR/MCR)**

En 2008 el “*Sutdy Goup on a European Civil Code*” y el “*Research Group on EC Private Law*” presentaron a la Comisión de la UE y al debate público el Borrador del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*), de carácter puramente académico, documento inspirado en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos-PECL y en 2009 presentaron una versión final del Borrador.

---

<sup>280</sup> Art. 3.10 “(Excesiva desproporción) (1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato”.

“Art. 3.10 111 (2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial. (3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que esta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las disposiciones del Artículo 3.13(2)”.

A destacar la resolución del Parlamento de la UE de 12 de diciembre del 2007 que al tratar sobre el “derecho contractual europeo”, alega que “actualmente no se contempla que el MCR tenga efectos jurídicos vinculantes, manteniéndose en el terreno del derecho indicativo”. Afirmando, además, la Comisión que el MCR es “una caja de herramientas o un manual” destinado al legislador de la UE para poder actualizar la legislación vigente o crear una de nueva en relación con el derecho contractual. Es, pues, un instrumento de ayuda para legislar, siendo la finalidad de esta norma el garantizar la coherencia y la calidad de la normativa comunitaria en el ámbito del derecho contractual. En esta línea argumental y en relación con la citada resolución, RODRIGUEZ MARTINEZ<sup>281</sup> admite que esta no contempla que el MCR tenga efectos jurídicos vinculantes, manteniéndose en el terreno del derecho indicativo. La Comisión pretende que sea una caja de herramientas o un manual destinado al legislador de la UE para revisar la legislación en vigor o preparar nueva legislación sobre Derecho contractual”.

Las expresiones formuladas por el Parlamento son evidentes en cuanto a su intención: conseguir una uniformidad normativa en la UE y en los ordenamientos estatales. Una estructura legislativa basada en el MCR que, a la larga, podría llegar a tener carácter vinculante.

Si bien la Comisión, a través de diversas manifestaciones, deja adivinar un proyecto menos ambicioso que el del Parlamento, concretándose en diferentes opiniones, entre las cuales, se menciona (2001) la siguiente Comunicación: “se trataría de elaborar unos principios comunes, directrices o códigos de conducta específicos para determinados tipos de contratos. Esos principios comunes serían de utilidad: a los contratantes para la redacción y ejecución de los contratos; a los tribunales y árbitros nacionales, para decidir cuestiones no resueltas por normas nacionales; a los Estados miembros y a la Comunidad Europea para promulgar nueva legislación o modificar la existente. Incluso su aplicación continuada podría contribuir a originar un derecho consuetudinario.

---

<sup>281</sup> RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E. (2010). El proceso de unificación del Derecho privado europeo: alcance, aplicación a contratos internos y confrontación con los Derechos estatales. *La Ley*, 180, pp. 1-17

En 2003 en otra Comunicación manifestó que: “la creación de un MCR es un paso intermedio para mejorar la calidad del acervo comunitario en el derecho contractual” y que “debería también facilitar la base para una reflexión profunda sobre un instrumento facultativo en el ámbito del derecho contractual europeo. En este contexto podría constituir un intento de formulación de principios y normas pertinentes”.

En una Comunicación del 2004 la Comisión fue un poco más allá y añadió: “e) puede integrarse en los contratos g) puede utilizarse como complemento a la legislación nacional aplicable g) puede constituir la base para desarrollar un posible instrumento facultativo”.

Si bien, según nuestro entender, en puridad la Comisión no pretende la elaboración de un “Código Civil Europeo” para armonizar el derecho contractual de los estados miembros y cuando habla de “constituir la base para desarrollar un posible ordenamiento facultativo” no debe interpretarse como un cuestionamiento sobre los métodos aplicados actualmente para fomentar la libre circulación mediante soluciones flexibles y eficaces.

Es elemento determinante en el actuar de la Comisión la “necesidad de respetar la cultura jurídica y administrativa propia de cada Estado miembro”, aceptando que “el MCR podría sumir la forma de instrumento no vinculante”.

Los grupos de trabajo europeos han ido adaptándose a las pretensiones más modestas de la Comisión, aunque el Parlamento persista en la idea de un código europeo.

Aunque la mayor parte de la doctrina generalizada en la UE, como DOHRAM, PLAZA PANADES, SÁNCHEZ GOZALEZ o STEFAN LEIBLE<sup>282</sup>, actualmente es partidaria de la necesidad de elaborar un código civil europeo, coincide en que previamente “es necesario un acercamiento previo de los derechos civiles nacionales”.

---

<sup>282</sup> DOHRMANN, A. (2003). La modernización del Derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho Privado. En Moya Escudero, M. y Sánchez Lorenzo, S. *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa* (p. 17). Dykinson. Págs. 110-125., Plaza Panades, J. (2003). Algunas consideraciones sobre el Código Civil Europeo. En L. (2002). *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid, pp. 107-112 y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. J. (2003). Las tendencias unificadoras del Derecho contractual europeo. *RDP, 2003-II*, 721-726. STEFAN LEIBLE, B.. (2008). El futuro del Derecho Privado Europeo. *Diario La Ley, Nro. 7085*, 221-249.”

El MCR pretende conseguir una mayor eficacia de los acuerdos contractuales a través de la igualdad de información, ya que la falta de información sobre los productos vendidos o de los términos ofrecidos genera disfunciones en el mercado. En este sentido, se expresa también GARCIA RUBIO<sup>283</sup>, al señalar que “es de destacar, la importancia de la existencia de un deber de información precontractual, que cubra las razonables expectativas de su destinatario, no limitándose a los contratos con los consumidores, sino también a los contratos entre empresas, siempre que venga determinado por las buenas prácticas comerciales”.

Los preceptos del MCR han servido de referencia para la elaboración de la PMCC por la Comisión de Codificación y de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, en ámbitos como la interpretación e integración de los contratos (arts. II-:104 y II-8:102 MCR respectivamente), la responsabilidad precontractual (art. II-3:301(4) MCR) o los vicios en el consentimiento (arts. II-7:201 y ss. MCR).

Por lo expuesto, creemos conveniente señalar que el MCR es el mejor instrumento para la modernización de nuestro derecho de las obligaciones y contratos, ya que la parte general da una respuesta normativa a aspectos no regulados en nuestro Código Civil y, en el caso de que lo estén, su propuesta es más amplia y actualizada, regulando aspectos del tráfico mercantil que hasta hoy tenían que ser resueltos por la doctrina jurisprudencial. Por otro lado, recoge en su articulado y, concretamente en su Capítulo 4, una regulación específica del contrato de franquicia, en la que es de destacar una muy interesante y completa normativa sobre el deber de información de carácter bilateral.

El Marco Común de Referencia recoge y mejora en su clausulado todo lo relativo al principio de la buena fe aplicado al derecho contractual. Aunque los conceptos de la buena fe y la honradez en los tratos tienen un carácter abierto y, por lo tanto, no encajan con el principio de seguridad que informa el MCR, lo cierto es que debe situarse en el ámbito del principio de justicia. De esta forma, se pretende impedir que la parte contratante que

---

<sup>283</sup> GARCÍA RUBIO, M. P. (2010). La responsabilidad precontractual...”. Op. Cit. Pág.12.

obra de este modo pueda confiar en su conducta deshonesta e irrazonable, de manera que se le condena a compensar los daños que su comportamiento haya generado.

El principio de la buena fe viene recogido en el art. II-3-301 relativo a “Negociaciones contrarias a la buena fe y a la honradez en los tratos” contiene los siguientes principios y deberes: i. Libertad de negociación; esencial para que el consentimiento pueda darse libremente, lejos de cualquier supuesto de vicio de la voluntad, especialmente de aquellos vicios provocados o inducidos por la otra parte, como un error por falta de suficiente información precontractual (art. II-7:201), declaración falsa fraudulenta (art. II-7:205), explotación injusta (art. II-7:207) y, muy especialmente coacciones y amenazas (art. II-7:206). ii. La ausencia de responsabilidad por no llegar finalmente a contratar, derivado del principio de libertad de contratación. iii. El principio de libertad de contratación viene limitado por dos deberes:

- a- El de negociar conforme a la buena fe y a la honradez en los tratos, con la consecuencia de que su incumplimiento conlleve una responsabilidad por daños y no remedios contractuales.
- b- El de no romper las negociaciones contrariamente a la buena fe y a la honradez en los tratos.

En la jurisprudencia nacional podemos encontrar algunas sentencias en las que se acude al MCR, para argumentar la decisión del tribunal, especialmente en supuestos de interpretación y extinción de los contratos por incumplimientos contractuales y remedios a considerar (STS nº380/2010, de 22 de junio 2010<sup>284</sup>).

---

<sup>284</sup> STS nº380/2010 de 22 de junio (ROJ: STS 4714/2010; Id. Cendoj: 28079110012010100547); Recurso: 363/2006; Ponente: Encarnación Roca Trías; Fundamento de Derecho Cuarto:

“Respecto al planteamiento de los efectos de la resolución, debe recordarse que esta es una cuestión muy discutida, ya que a salvo lo dispuesto en el Art. 1303 CC, con las salvedades establecidas en las disposiciones siguientes, el art. 1124 CC no contiene ninguna norma dirigida a determinar cuál es el alcance de la resolución por incumplimiento. Parte de la doctrina tradicional entiende que se producen dos tipos de efectos, la extinción de las obligaciones y la restitución (Arts. III.- 3 :509 y 3:510 del *Draft of Common Frame of Reference*, DCFR y Arts.1202 y 1203 del Proyecto de reforma del CC)”.

### 3. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE

#### 3.1 CONSIDERACIONES GENERALES

El concepto de buena fe es difícil de precisar en derecho, dado que ha sufrido una importante evolución desde que fuera concebido y desarrollado por los juristas romanos.

En algunos casos, la buena fe se ha erigido en una doctrina trascendental sobre la cual se asientan instituciones jurídicas fundamentales. En otros sistemas, sin embargo, no se da cabida a este principio como fenómeno jurídico y se resisten a considerarlo<sup>285</sup>.

Se considera que hay tres "familias" o sistemas jurídicos principales en Europa, con un enfoque diferente: por parte del *civil law*, tenemos a la alemana y la italiana y del *common law*, a la inglesa.

Hay que partir de un patrón objetivo de conducta que, en mayor o menor amplitud, variará a la vista de las concretas circunstancias subjetivas concurrentes en las partes intervinientes. Por ejemplo, en la venta de una franquicia, el patrón de conducta exigible al vendedor no es el mismo si es un pequeño empresario individual o una gran empresa multinacional, o si el comprador es empresario o particular. HESSELINK<sup>286</sup>, en su análisis sobre la buena fe objetiva y subjetiva, manifiesta que "existe una distinción importante entre *Treu und Glauben*'(buena fe objetiva) y *Gutter Glaube* (buena fe subjetiva) que tiene que ver con el conocimiento. *Treu und Glauben* se ha convertido en una norma "abierta" y, aunque no es una norma legal con requisitos específicos, toma

---

<sup>285</sup> DEL BARRIO, N. (2012). Una visión comparatista de la buena fe contractual (I). *Práctica derecho daños*, pág. 6.

<sup>286</sup> HESSELINK, M. W. (2004). La política de un Código Civil Europeo. *European Law Journal*, Vol. 10, p. 289. Cuadrado Pérez, C. (2003). "Oferta, aceptación y conclusión...". Op. Cit. Pág. 46.

forma en la medida en qué se aplica”. En esta línea, tenemos a CUADRADO PEREZ<sup>287</sup> que declara que la buena fe “variará y deberá ser precisada en cada caso concreto, a la vista de las concretas circunstancias concurrentes, que deberán ser analizadas desde una doble perspectiva, la objetiva, esto es, la naturaleza y contenido del contrato que se pretende celebrar y subjetivas en relación con las partes intervinientes y su ignorancia o calificación profesional”.

En otras palabras, el principio general de la buena fe se configura como una norma jurídica que impone un comportamiento concreto a las partes de un contrato de franquicia, antes, durante y después de su celebración, referido tanto a los derechos como a los deberes.

La buena fe en derecho, para su aplicación precisa ser dotada de un contenido, con base en valoraciones relacionadas con conceptos como la honradez, el comportamiento correcto, la lealtad, la diligencia, el cumplimiento de la palabra comprometida, etc.

El estándar de conducta que ha de observarse no puede entenderse en un sentido uniforme, dado que el contenido de la buena fe, debido a su carácter de cláusula general, no puede ser reducido a un concepto definido apriorísticamente.

Así, al recurrir a la buena fe deberá llevarse a cabo una labor de análisis tendente a concretar el contenido del principio y luego a aplicar las consecuencias. La buena fe como concepto jurídico indeterminado no está reñido con la seguridad jurídica, siendo un vehículo útil y valioso para el logro del fin del derecho, para la realización del bien justicia.

Gran parte de la doctrina y la jurisprudencia coincide en que los tratos preliminares no constituyen, per se, ningún acto jurídico en sentido estricto, pues de ellos no derivan efectos jurídicos de manera inmediata. Así, lo expone GARCÍA GRANERO<sup>288</sup> manifestando que “pueden llegar a tener relevancia jurídica por el hecho de que pueden

---

<sup>287</sup> CUADRADO PÉREZ, C. (2003). *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Bologna: Studia Albornotiana. Pág. 27; CUADRADO PÉREZ, C. (2014). La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (Parte II). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nro. 746. Pág. 3021.

<sup>288</sup> GARCÍA GRANERO, A. V. (2016). *Instituciones de Derecho privado*. Aranzadi, p. 334



llegar a generar una responsabilidad precontractual, teniendo una relevancia para la formación de la voluntad contractual, así como para la interpretación del futuro contrato”.

Sin embargo, durante esta fase del iter contractual las partes deben comportarse siguiendo determinadas pautas o deberes, aunque sean mínimos. De entre las obligaciones que pueden generarse como consecuencia de la exigencia de la buena fe, tendríamos: a) Un deber de veracidad en todo lo que dicen y en sus intenciones, absteniéndose en lo posible de expresiones confusas o de silencios; b) Un deber de lealtad, comportándose de forma leal y honesta; c) Un deber de información para que ambas partes puedan aportar un consentimiento debidamente informado; y d) Un deber de confidencialidad, sobre aquella información recibida que tenga el carácter de secreta o confidencial<sup>289</sup>.

Y donde la forma de ejercitarse la buena fe *in contrahendo* se revela de una manera más evidente es con relación al derecho a desvincularse de los tratos preliminares abandonando las negociaciones y las consecuencias de retirar la oferta contractual. Si bien donde está presente con mayor intensidad es en la obligación de informar.

Concretamente, la actividad de las partes a lo largo de los tratos preliminares debe estar guiada por un actuar de buena fe y lealtad, entendida en un sentido objetivo, no atendiendo a la persona, sino a un modelo de conducta ajustado a patrones externos, matizando que sea aplicable con mayor o menor intensidad a cada una de las personas intervinientes a la vista de las circunstancias subjetivas concurrentes en cada uno de ellos.

BOETCH GUILLET<sup>290</sup> al referirse a la relación entre tratos preliminares y la buena fe, declara que “por el simple hecho de ponerse socialmente en contacto surge para ambas partes un deber recíproco de lealtad y de rectitud negocial, un comportarse de buena fe, que deben mantener durante los tratos preliminares de la fase precontractual”.

---

<sup>289</sup> DIEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil Patrimonial*. V. I. Madrid: Civitas. Pág. 271. En MONSALVE CABALLERO, V. (2008). La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su regulación jurídica prenegocial en el derecho europeo continental. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi* Núm. 3. Retrieved from V Lex. Pág. 144.

<sup>290</sup> BOETCH GILLET, C. (2015). *La buena fe contractual*. Santiago de Chile: Ediciones UC. Págs. 115-118.

Destacando, además, que “el incumplimiento de los deberes citados puede conllevar una responsabilidad precontractual”.

En derecho español no existen referencias a los deberes de conducta de las partes del contrato de franquicia que intervienen en unas negociaciones preliminares, más allá de lo establecido por el art. 62 LOCM y del RD 201/2010 que lo desarrolla.

DE ÁNGEL YAGÜEZ<sup>291</sup>, después de analizar en derecho comparado la aplicación de la buena fe en la fase precontractual, llega a la conclusión de que “en la mayoría de los países es poca la atención que sus legisladores han prestado a la fase de formación de contrato y manifestando que a través del art. 1258 CC es posible la función integradora de los contratos a través de esta”.

La responsabilidad *in contrahendo* se fundamenta sobre el principio de la buena fe, entendido como una forma de comportamiento en el ejercicio de los derechos. En este sentido, la SAP de Madrid nº347/2013 de 7 de mayo 2013, relaciona la buena fe con la responsabilidad contractual<sup>292</sup>.

En los últimos años se visualiza una tendencia en la UE a incorporar de forma manifiesta en los ordenamientos jurídicos de los diferentes países miembros los deberes precontractuales fundamentados en el principio de la buena fe y la lealtad en los tratos.

Si bien GARCIA RUBIO & OTERO CRESPO<sup>293</sup> matizan que “por otro lado los países de la *Common Law* no reconocen la existencia de este principio en la fase precontractual,

---

<sup>291</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2010). “Lealtad en el periodo precontractual”. Op. Cit. Págs. 575-636.

<sup>292</sup> STS 330/2013 de 25 de junio 2014 (ROJ: STS 3845/2014; Id. Cendoj: 28079110012014100462); Recurso: 3013/2012; Ponente: Sebastián Sastre Papiol; Fundamento de Derecho séptimo:

“La recurrente partiendo de que la demandada no ha actuado de buena fe como reconoce la sentencia en su fundamento de Derecho noveno, y el Tribunal de apelación da lugar a la responsabilidad del art. 1902 CC, como “culpa in contrahendo””

<sup>293</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., & OTERO CRESPO, M. (2011). “La responsabilidad precontractual...”. Op. Cit. Pág. 25.

si bien existen mecanismos que conducen a resultados que pueden en cierta medida considerarse parangonables con los derivados de su aplicación práctica”.

En el ámbito de la franquicia, el deber de buena fe afecta a la relación entre el franquiciador y el franquiciado, durante las negociaciones precontractuales, tanto en el derecho continental como en el de *common law* (especialmente en EEUU). El deber de buena fe tiene un impacto sustancial en la relación franquiciador/franquiciado, estando presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de *civil law*, pero con frecuencia se interpreta de diferentes maneras. Las jurisdicciones de *common law*, como Inglaterra, generalmente, tienen una relación incómoda con el concepto de un deber de buena fe.

A modo de conclusión, la aplicación del principio de la buena fe ofrece una solución normativa fundamental para la regulación de la fase precontractual del contrato de franquicia. Conviene recordar que por tratarse de la fase de formación de un contrato en general y de un contrato atípico en particular, la normativa vigente es muy escasa o nula. A través de este principio general se busca también ofrecer un cierto equilibrio a la tensión inherente en la relación entre franquiciadores y franquiciados, ante el deseo de ambos de obtener el mejor trato comercial y la necesidad de tener una buena relación continuada basada en un mínimo de confianza mutua, en un ámbito en el que se dan fuertes asimetrías informativas y de poder.

En opinión de LLOBET Y AGUADO<sup>294</sup> “simplemente del hecho de que haya habido acuerdo en iniciar las negociaciones, se deriva para ambas partes la necesidad de actuar conforme a la equidad comercial y a la buena fe: tal consentimiento expreso o tácito implica que las negociaciones deben seguir su curso hasta la oferta definitiva, a menos de un desacuerdo previo, justificado por la divergencia de intereses económicos”.

### **3.2 DERECHO NACIONAL**

---

<sup>294</sup> LLOBET Y AGUADO, J. C. (1996). El deber de información en la formación de los contratos. Marcial Pons. Pág. 16.

Durante muchos años, desde la promulgación del Código Civil español en 1889 hasta su positivación en el nuevo art. 7 CC en 1974, la buena fe ha ido cobrando importancia básicamente como principio general del derecho, el cual ha sido ampliamente utilizado para regular determinados aspectos de la fase precontractual y contractual del contrato de franquicia, dada la atipicidad de este contrato.

La doctrina española es partidaria de la distinción entre buena fe objetiva y la subjetiva en los términos ya expuestos, atribuyéndole diversas funciones.

La inserción del art. 7 en nuestro CC y posteriormente el art. 117-7 CCCat<sup>295</sup>, han dinamizado y aumentado el papel de la buena fe dentro del ordenamiento jurídico español, referido también a la contratación, tanto en su fase precontractual como contractual, pues aunque el precepto se limita a ordenar un ejercicio de los derechos conforme a la buena fe, es evidente que en relación con el antiguo art. 1258 CC, se iba a entender que también las obligaciones deben cumplirse de buena fe y, por tanto, que no solo debe cumplirse aquello que se encuentre estipulado en los contratos, sino también todo aquello que resulte conforme al mandato de la buena fe. Además de ejercer una función interpretativa e integradora de los contratos, la buena fe encarna otros valores jurídicos que habrá que armonizar en la búsqueda de la justicia.

Esa caracterización de la buena fe como principio general del derecho hizo posible la asimilación en derecho español de muchas instituciones jurídicas que inicialmente se desarrollaban en el extranjero, especialmente en los ordenamientos jurídicos de Alemania y de Italia. Todo esto permite que se califique el desarrollo de la buena fe en España como un «proceso de recepción» de la misma.

Sin embargo, la positivación en nuestro sistema de la buena fe, siguiendo los modelos alemán y suizo, generó un impulso decisivo para su asociación con las orientaciones jurídicas más avanzadas del derecho privado europeo. De esta manera, aumentó el empleo fructífero de la buena fe por la ciencia jurídica española, con respecto al desarrollo de varias instituciones jurídicas. Siendo, por tanto, aconsejable la incorporación explícita del

---

<sup>295</sup> Art, 111-7 CC Cat. “En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos”

concepto de la buena fe en los proyectos preparatorios para un futuro Código Civil español.

La antedicha reforma del Título Preliminar del CC trajo consigo la consagración de la figura del abuso del derecho, y el reconocimiento expreso del principio de la buena fe como límite al ejercicio de los derechos. Pero su tipificación no supuso una innovación en el ordenamiento, ya que era un presupuesto que inspiraba todo el conjunto normativo, un principio rector de la conducta.

En el campo del derecho contractual se utiliza como fundamento dogmático en la fase precontractual de la franquicia para, entre otras finalidades, actuar como origen de varios tipos de obligaciones accesorias, como el deber de información de las partes.

Y debiendo por otro lado, recurrir al 7 CC en relación con el art. 1902 CC, para dar respuesta al resarcimiento requerido por la responsabilidad precontractual en el ámbito de la franquicia.

En el Libro VI del Código Civil de Cataluña de obligaciones y contratos, podemos encontrar hasta once referencias al concepto de buena fe contractual. En el preámbulo de la Ley se menciona que en lo relativo al deber de información se “incorpora una de las directrices básicas del moderno derecho europeo de contratos y pone freno a la asimetría de información que pueda haber entre comprador y vendedor a favor del primero. Así, el precepto introduce un deber de información, en beneficio del comprador que permite incrementar la transparencia contractual, teniendo en cuenta los estándares razonables de integración de este deber, y muy destacadamente los que resulten de la buena fe y la honradez de los tratos.”

Así, el art. 621.7 relativo al “Deber de información”, regula este deber del vendedor durante los tratos preliminares de la fase precontractual y estipula que “el vendedor, antes de la conclusión del contrato, debe facilitar al comprador la información relevante sobre las características del bien, teniendo en cuenta los conocimientos de las partes, la naturaleza y el coste de la información, así como las exigencias que resulten de la buena fe y la honradez de los tratos”. Elementos del contenido del precepto que, por su carácter genérico e indeterminado, sin duda, no quedan exentos de una adecuada dificultad de valoración de los mismos por parte del tribunal encargado de resolver la controversia,

pues con base en estos se deberá resolver si el vendedor ha infringido el deber de información precontractual.

En lo que respecta a nuestra jurisprudencia, la buena fe informa muchas sentencias del Tribunal Supremo y de los tribunales ordinarios, en relación con la franquicia; siendo con ocasión de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o la doctrina de los actos propios, o la del abuso de derecho, cuando el Alto Tribunal ha basado sus resoluciones en dicho principio.

La doctrina del Tribunal Supremo<sup>296</sup> ha considerado la buena fe como principio general del derecho, por lo que extiende su ámbito de aplicación a las negociaciones del contrato de franquicia, asignando a las partes un deber objetivo de comportarse conforme a la buena fe, lo que engloba un concepto más extenso que el de un no actuar culposamente. La Sentencia del Tribunal Supremo nº532/2012, de 30 de julio, pone en relación el principio de la buena fe con la doctrina de los actos propios. De aquí que se ponga de manifiesto que los hechos que una persona exterioriza le obligan a que su comportamiento futuro sea coherente con estos, dado que al haberlos puesto de manifiesto contribuyó a generar en la contraparte una confianza de que las cosas se harán de acuerdo a cómo se venían haciendo. De este modo, podemos apreciar que la doctrina de los actos propios tiene su soporte en el principio de la buena fe y en la protección de la confianza.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo nº754/2005, de 21 de octubre, define la buena fe objetiva como aquella que exige “un comportamiento justo y honrado, conforme a los valores de la moral, honestidad y lealtad”<sup>297</sup>.

---

<sup>296</sup> STS 532/2012 de 30 de Julio (ROJ: STS 6079/2012; Id. Cendoj: 28079110012012100521); Recurso: 1495/2009; Ponente: Rafael Gimeno-Bayon Cobos; Fundamento de Derecho Tercero: “La prohibición de actuar contra los propios actos. Como emanación del principio de buena fe, que limita el ejercicio de los derechos subjetivos - artículo 7 del Código Civil -, se protege la fundada confianza depositada en la coherencia de la conducta futura de otra persona con la que se está en relación, mediante la inadmisibilidad de una pretensión contradictoria deducida contra o frente a quien ha confiado en la apariencia creada con los actos anteriores de quien la deduce. Como puso de manifiesto la sentencia de 10 de mayo de 2.004, para que quepa aplicar esa sanción jurídica se hace necesaria una contradicción entre la conducta anterior, apta para suscitar una confianza en la coherencia de su autor, y la pretensión posterior”.

<sup>297</sup> STS 754/2005 de 21 de octubre (ROJ STS 6410/2005; Id Cendoj: 28079110012005100801). Recurso: 555/1999; Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández; Fundamento de Derecho Quinto:

### 3.3 LAS PROPUESTAS MODERNIZADORAS DE LA CONTRATACIÓN

La Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos de enero 2009, elaborada por la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia, no regula el deber de información, si bien en su art. 1245.2 LPMCC, del Capítulo 2, referido a “De la formación del contrato” establece que “en la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe”. Y, el apartado 4, lo hace sobre la responsabilidad precontractual por actuar de mala fe y, el 5, versa sobre el resarcimiento por el incumplimiento de las obligaciones anteriores.

La Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos, de mayo 2016, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, en el Título X referido a los “Contratos de Distribución” y, dentro del Capítulo I de Disposiciones Generales, se encuentra el art. 5102 referido a los “Principios rectores y naturaleza de las normas”, concluye que los contratos de franquicia como modalidad de los de distribución, al tratarse de contratos de colaboración “su negociación, interpretación y ejecución descansan de manera especial en la buena fe”.

Y, finalmente, el Anteproyecto de Ley de Propuesta de Código Mercantil de marzo de 2018, en su art. 545.7 del Capítulo V, relativo a los contratos de distribución, concluye que “*las partes contratantes deberán observar en sus recíprocas relaciones la máxima lealtad y buena fe*”. En este sentido, valoramos que el precepto puede parecer desubicado por el hecho de que se encuentra dentro de la Sección 3ª. “Del contenido del contrato”, pudiéndose interpretar que la fase de negociaciones está excluida de la aplicación de este principio general, lo cual es una importante disfuncionalidad de este texto normativo.

---

*“La buena fe a la que se refiere el precepto es la objetiva, en la que se prescinde de la culpabilidad (dolo o culpa) del sujeto, y que como principio rector del ejercicio de los derechos se recoge en el art. 7.1 CC, tal y como indican, entre otras, las Sentencias de 16 junio 2.000 y 15 octubre 2.001”. “La buena fe objetiva exige un comportamiento justo y honrado, conforme a los valores de la moral, honestidad y lealtad - SS. 25 julio 2.000 y 22 febrero 2.001”.*

### 3.4 DERECHO COMPARADO

La intervención del principio general de la buena fe la podemos encontrar en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de la UE, aunque no está contemplado de forma expresa en algunos de ellos, debido a que en el fundamento de dichos ordenamientos jurídicos aparece en su lugar la alusión a la “*corrección y honestidad*”, esencial para la concreción de relaciones de convivencia entre los seres humanos.

La consideración de la buena fe en el ámbito de las obligaciones y los contratos como *tertium comparationis* y su tratamiento desde la óptica del derecho comparado tiene su fundamento en que esta figura jurídica constituye uno de los ejemplos más ilustrativos de cómo diversas tradiciones jurídicas dan soluciones similares a los mismos problemas, aunque sea por caminos distintos.

La estrecha conexión entre la buena fe y la esencia del derecho justifica su omnipresencia, aunque la forma en que se exprese pueda ser diversa, pudiendo aparecer a veces de forma expresa y otras tácitamente. De todas formas, se constituye como un concepto normativo de contenido indeterminado, variando en función de cada marco legal. Su reconocimiento y existencia, se sugiere tanto en los sistemas de derecho continental como en los de *common law*.

En cuanto a su utilización, son de destacar los desarrollos de la doctrina y jurisprudencia germánica e italiana, si bien se aprecian diferencias en cuanto a su evolución, siendo Alemania dónde ha surgido la mayor parte de las aplicaciones del principio de la buena fe. También ha sido fruto de la jurisprudencia alemana la necesidad de comportarse con buena fe durante la etapa preliminar del contrato.

El concepto de buena fe viene a tener un papel esencial en el derecho contractual de la tradición civilista de la UE, cuyo paradigma lo encontramos en el art. 242 del BGB alemán, o en el art. 1134 del Código Civil francés.

En marcado contraste con el derecho continental nos encontramos con el derecho inglés, considerando que la aplicabilidad del principio de buena fe resulta manifiestamente incomprensible e incompatible con la posición contradictoria de las partes en toda



negociación. Sin embargo, en el derecho de los EEUU, encontraríamos, una posición intermedia, dado que existe una exigencia de cumplir los contratos de acuerdo con este principio<sup>298</sup>, si bien a esta noción no puede otorgársele un sentido tan amplio.

A nivel doctrinal, ZWEIGERT & KOLZZ<sup>299</sup> exponen que “hasta el s. XIX el principio que prevalece en las relaciones contractuales, es el de la autonomía de la voluntad y su reflejo en el “*pacta sunt servanda*”. La seguridad jurídica y la certidumbre son los valores que priman por encima de cualquier concepción proveniente de la moral, como pudiera ser la buena fe”. De la misma forma, a lo que ocurrió en la evolución del derecho contractual inglés, a partir de la segunda década del s. XIX, en los sistemas de la Europa continental se observa una corriente de pensamiento sobre el derecho privado que propugna la superación de un excesivo liberalismo en la interpretación de los negocios jurídicos. La doctrina de la buena fe contractual tomó predicamento en este contexto de superación del liberalismo y encontró su camino en el BGB y en el *Code des Français*.

## - EL DERECHO DE EEUU

La legislación de EEUU tiene muchas coincidencias con muchos de los ordenamientos jurídicos de la UE, España entre ellos, dónde el principio de la buena fe impregna el contenido de toda la normativa contractual.

Los orígenes históricos de la doctrina de la buena fe en las jurisdicciones de *common law* se remontan a 1766, cuando Lord Mansfield se refirió a la buena fe como un “principio rector” aplicable a “todos los contratos y negociaciones”.

---

<sup>298</sup> No fue hasta 1960, con la publicación del art. 1-203 del *Uniform Commercial Code* y a su posterior adopción por las Asambleas Legislativas de los Estados miembros de EEUU, en que apareció en el Derecho estadounidense una referencia explícita a la buena fe contractual. La referencia alcanzó generalidad en 1981, con la publicación de los *Restatements (Second) of Contract*, y su epígrafe 205.

<sup>299</sup> ZWEIGERT, K., & KÖTZ, H. (1998). « *An introduction to comparative...* ». Op. Cit. Pág. 340.

Hasta prácticamente 1960, a excepción de los Estados de Nueva York y California, ningún otro Estado reconocía una obligación general de buena fe en su derecho contractual. La doctrina tampoco lo reconocía, aunque si se podían encontrar algunas referencias jurisprudenciales.

No es hasta la publicación del *Uniform Commercial Code* (UCC) y su adopción por las Asambleas Legislativas de los Estados, cuando apareció en una referencia explícita a la buena fe contractual, en el art. 1-203. La referencia alcanzó generalidad en 1981 con la publicación de los *Restatements of Contract* y su epígrafe 205. Estas dos fuentes legales constituyen las fuentes de la doctrina contractual en los EEUU.

En la segunda parte del UCC se tratan las definiciones generales y los principios de interpretación. Es en este contexto donde el concepto de buena fe contractual queda definido en el art. 1-201 como “*la honestidad de hecho y la observancia de estándares comerciales razonables de trato justo*”. Definición que en nuestro ordenamiento jurídico no existe, y que son los tribunales y la doctrina los que han de ir acotando la interpretación que dan a dicho concepto de “buena fe”.

Si bien los tribunales estadounidenses han rechazado la aplicación de la buena fe en la fase precontractual, la doctrina de este país sigue debatiendo sobre tal posibilidad. No obstante, la jurisprudencia reconoce una responsabilidad precontractual a consecuencia de una conducta errónea o injusta durante la fase precontractual y, concretamente, en supuestos de enriquecimiento injusto, suministro de información falsa o de incumplimiento de unos compromisos específicos efectuados durante las negociaciones. Así, MARS DEN<sup>300</sup> pone en contexto la presencia del principio de la buena fe en el ordenamiento jurídico de los EEUU, al manifestar que “durante las negociaciones encaminadas a la formación del contrato, en EEUU no existe un deber legal de actuar conforme a la buena fe. El principio que aplican es el “*the common law’s aleatory view of negotiations*”, las partes que negocian están dispuestas a aceptar el riesgo de no llegar a un acuerdo durante las negociaciones. La buena fe aparecerá a partir del momento de la conclusión del contrato”.

---

<sup>300</sup> MARS DEN, G. S. (2017). *The duty to negotiate in good faith: ¿are BATNA strategies legal?* *Berkeley Business Law Journal*, 133-140.

Es interesante ver como a través de los años, de forma tímida pero progresiva, el *common law* de EEUU, se ha ido alejando del contenido del *common law* inglés y ha ido adoptando principios, institutos y normas del *civil law* de la UE.

## - EL DERECHO DE GRAN BRETAÑA

La evolución más reciente de la ley inglesa está cambiando el enfoque histórico del concepto de la buena fe hacia uno que se parece más al aspecto del *civil law* continental, aunque los tribunales ingleses tradicionalmente muestran cierta reluctancia hacia este concepto. No obstante, decisiones recientes de estos tribunales han situado el principio de la buena fe en el centro del ámbito del contrato de franquicia, por lo que cabría esperar que en el corto plazo, tanto franquiciadores como franquiciados, en sus disputas aleguen el incumplimiento de meritado principio.

Así pues, en la actualidad, la ley inglesa todavía no reconoce un deber universal implícito de que las partes contratantes cumplan con sus obligaciones de buena fe. Tal como hemos avanzado con anterioridad, esto difiere de la posición en muchos otros países, incluidos Francia, España, Alemania, los Estados Unidos y Australia, los cuales hasta cierto punto reconocen alguna forma de principio general de que, al negociar y cumplir los contratos, las partes deben actuar de buena fe.

Hasta fechas recientes a la pregunta de si las partes deben negociar de buena fe o cumplir con los términos del contrato con buena fe, los legisladores ingleses, darían un no por respuesta, sugiriendo que, de diferentes maneras, los conflictos judiciales fueron resueltos normalmente por la ley inglesa. Esto puede ser considerado como un planteamiento ortodoxo, pero la doctrina inglesa empieza a considerar con mucha cautela las ventajas de un reconocimiento explícito de imponer un deber de conducta de buena fe durante las negociaciones para la formación de un contrato<sup>301</sup>.

---

<sup>301</sup> FURSMSTON, M. (2016). « *Law of contract*. ». Op. Cit. Pags. 33-35. En esta línea argumental está el autor, quién afirma además que “Parece probable que los términos expresos que requieren un desempeño de buena fe sean válidos y potencialmente importantes en los contratos a largo plazo en los que es difícil para el redactor definir lo que sucederá en el futuro”.

Esta doctrina ha visto reforzada su posición por el hecho de que en otros sistemas de la *common law*, como el de EEUU, se han movido ya en esta dirección, a través de leyes como el *Uniform Commercial Code* (UCC).

Ha habido mucho debate acerca de si la buena fe es el comportamiento de alguien que actúa con un “corazón puro y cabeza vacía”, o simplemente la “prudencia y la causa de un hombre razonable”. Sin embargo, los tribunales ingleses, y concretamente en la resolución de casos como el de *Lord Ackner en Walford v. Miles* [1992], parecen estar de acuerdo en que “el concepto de un deber de llevar a cabo negociaciones de buena fe es inherentemente incompatible con la posición contradictoria de las partes cuando participan en las negociaciones”. Por lo que es “irrealizable en la práctica, debido a que es inherentemente inconsistente con la posición de una parte negociadora”.

Aunque la normativa inglesa no se ha comprometido con ninguno de estos principios fundamentales ha “desarrollado soluciones parciales en respuesta a problemas demostrados de injusticia”, lo que equivale a una especie de buena fe. Ciertamente, la ley está impregnada de buena fe, pero se utiliza como base legal general para su intervención.

Las normas de *common law* del error, engaño y coacción requieren de la imparcialidad y la honestidad, que son indicativas de un deber general de buena fe.

## - ITALIA

La buena fe es un principio general recogido en el Código Civil italiano que se aplica a todas las obligaciones y contratos. Este principio ya estaba contemplado en el Código Civil de 1865 y se mantuvo, pero con un alcance más amplio, en el Código Civil actual (1942). De acuerdo con el Código Civil italiano, la noción de buena fe que implica lealtad, imparcialidad, etc. debe regir la actuación de las partes durante los tratos preliminares y también en la etapa de ejecución del contrato. Este principio se aplica también en la interpretación de los contratos.

El deber de un comportamiento concorde con la buena fe durante los tratos preliminares contemplado en el art. 1337 CCI tiene la función primordial de tutelar a la parte que sufre la retirada injustificada de dichas negociaciones de la contraparte. La víctima, bajo esta circunstancia, podrá ser indemnizada por los gastos incurridos y por las oportunidades que ha perdido mientras estuvo involucrada en la negociación.

El deber de comportarse de buena fe durante los tratos preliminares también puede conllevar el deber de suministrar información a la otra parte, especialmente cuando dicha información es esencial para que pueda decidir si celebra el contrato. Y de acuerdo con los arts. 1366 y 1377<sup>302</sup> CC italiano, los contratos deben interpretarse de buena fe.

El principio de buena fe fue incorporado en la Ley italiana de la franquicia, *Legge 129/2004*, “*Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale*”, en su art. 6<sup>303</sup>, el cual regula las obligaciones de comportamiento que las partes deben respetar durante toda la fase precontractual o de tratos preliminares.

Además de esta disposición concreta sobre la buena fe contenida en el precepto, todas las demás disposiciones del Código Civil italiano que se refieren a este principio, también se aplican a los acuerdos de franquicia. Por lo tanto, tanto el franquiciador como el franquiciado deben comportarse de buena fe durante las negociaciones, deben actuar de

---

<sup>302</sup> Art. 1366 CC italiano. De la interpretación de los contratos. “El contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe”.

Art. 1337 CC italiano. Negociaciones y responsabilidad precontractual. “Las partes, al llevar a cabo las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de buena fe”.

<sup>303</sup> Así pues, el art. 6 de la Ley 129/2004 dispone: 1. “El franquiciador se comportará, en cualquier momento, hacia el posible franquiciado con lealtad, imparcialidad y buena fe, y deberá proporcionar oportunamente al posible franquiciado cualquier dato e información que el mismo considere necesaria o útil para la conclusión del contrato de franquicia, excepto en el caso de información objetivamente confidencial o información que, de ser divulgada, constituiría una violación de los derechos de terceros”. 2. “El franquiciador deberá explicar los motivos al posible franquiciado por no revelar la información y los datos solicitados por este último”. 3. “El franquiciado potencial se comportará, en cualquier momento, hacia el franquiciador con lealtad, imparcialidad y buena fe, y le proporcionará, de manera oportuna, correcta e integral, cualquier información y datos cuyo conocimiento sea necesario o apropiado para el propósito de concluir el contrato de franquicia, incluso si dicha divulgación no es solicitada expresamente por el franquiciador”.

buena fe al cumplir con sus respectivas obligaciones contractuales, en caso de rescisión, el texto de los contratos de franquicia debe interpretarse de buena fe, etc.

#### - **ALEMANIA**

El principio de la buena fe está presente en el derecho precontractual alemán, viniendo a tener un impacto sustancial en la relación entre las dos partes del futuro contrato de franquicias, reduciendo los riesgos a los que están expuestos los dos y reforzando las motivaciones económicas que atraen a los franquiciados a la franquicia.

El principio general (no obligatorio) de libertad de contratación y como consecuencia, el derecho de cada parte de negociar libremente el contenido del contrato que desea formalizar está limitado por el requisito de actuar de buena fe. En la mayoría de los casos, el franquiciador no puede usarlo en detrimento o en desventaja del futuro franquiciado.

Como resultado, la divulgación de cierta información se considera esencial para evitar un desequilibrio que impida a la parte "más débil", que es el franquiciado a observar y proteger sus propios derechos de una manera adecuada.

En Alemania el concepto de buena fe es extremadamente sofisticado y de gran alcance, habiendo sido utilizado como un instrumento normativo útil a disposición de los tribunales alemanes para tratar la problemática jurídica tanto de índole técnica, como social.

#### - **FRANCIA**

Con la reforma introducida al CCf a través de la *Ordonnance n° 2016-131* de 10 de febrero del 2016, relativo a las fuentes de las obligaciones, en sus Disposiciones Preliminares, después de definir el contrato, establece unos principios fundamentales, entre los cuales se encuentra el principio de la buena fe que regirá todo el iter contractual.

Entre otras novedades, de la citada reforma de derecho de las obligaciones y los contratos del viejo Código Civil francés, es de destacar el art. 1104 CCf, que cual introduce la siguiente disposición de orden público: “*los contratos deben negociarse, formarse y cumplirse de buena fe*”. Con lo cual, se introduce el principio general de la buena fe en el ámbito de la fase precontractual, cuando hasta el último cuarto del siglo XX se encontraba sustancialmente limitado por el criterio de “si una persona dice algo es justo”.

El art. 1112.1 CCf<sup>304</sup> hace expresa mención al deber de información de las partes del contrato en la fase precontractual. Y, finalmente, los arts. 1115 y 1116 CCf, hacen referencia a la libertad de iniciar, continuar o abandonar las negociaciones precontractuales, pero comportando una responsabilidad extracontractual en el supuesto de que el abandono se produzca sin observar un comportamiento conforme a la buena fe. Así pues, no es la ruptura lo que se sanciona, sino la forma en que esta se realiza, considerando el mandato del principio de la buena fe. En este sentido TETLEY y LÓPEZ<sup>305</sup> nos recuerdan que “el Código Civil francés de 1804, no contemplaba específicamente las negociaciones precontractuales. De esta forma, la codificación de la jurisprudencia establecida y la introducción de nuevos principios aplicables a las negociaciones precontractuales son un avance positivo.”

HUMBERCO FACCO<sup>306</sup> hace una valoración de la reforma concluyendo que “puede señalarse que la buena fe contractual ha ganado en amplitud con la reforma introducida por la *Ordonnance* 2016-131 y, de esta forma, el ordenamiento jurídico francés comienza a ponerse en sincronía con los criterios de otros países de la UE y del *soft law* contractual, sin acabar de dar el paso definitivo”.

---

<sup>304</sup> Art. 1112.1 CCf. Capítulo II. La formación del contrato. Subsección I. Las negociaciones: “La parte que tenga conocimiento de una información cuya importancia sea determinante para el consentimiento de la otra parte debe informar a esta si, legítimamente, ignora dicha información u otorga su confianza al cocontratante”

<sup>305</sup> TETLEY, A., Y LÓPEZ, A. (2017). Negociaciones precontractuales: un nuevo régimen francés codificado. Reed Smith, pp. 1-4.

<sup>306</sup> HUMBERTO FACCO, J. (2017). *Vicisitudes de la buena fe negocial*. Bogotá: Edit. Externado de Colombia. Págs. 179-180.

Estas disposiciones en parte codifican lo establecido hasta la fecha por la jurisprudencia francesa y en parte toman como punto de referencia la ley anterior.

Con anterioridad a la mencionada reforma el Código Civil francés, solo se hacía referencia al principio de la buena fe cuando trataba la contratación. No obstante, el significado de la buena fe en el contexto de esta fase precontractual no deja de ser complicado, con lo que se hace necesaria la interpretación que le dan los tribunales.

#### **4. LOS TRATOS PRELIMINARES**

En los contratos de franquicia los tratos preliminares forman parte esencial de la fase precontractual dada la complejidad de este tipo de contratos. Siendo las partes del futuro contrato las que se van a tener que involucrar en mayor o menor medida en unos tratos que, cuando lleguen a su final, justo antes de la conclusión del contrato, tanto franquiciador como franquiciado, deberán haber conformado su voluntad contractual para poder ofrecer un consentimiento informado.

Así pues, los tratos preliminares formarían parte de la fase de “preparación o formación del contrato” de franquicia, en el que las partes realizan un conjunto de actividades, cuya culminación será la perfección del contrato, constituyendo un elemento esencial en dicha fase preparatoria.

MENENDEZ MATO<sup>307</sup> define el concepto de tratos preliminares en los siguientes términos: “consistirán, por tanto, en aquellas actuaciones dirigidas a preparar, discutir y concertar un futuro contrato” (...) “que finalizarán con la firma de un precontrato o *pactum contrahendo* o con la perfección del del mismo contrato”.

Esta figura, tiene su origen en la teoría alemana “*Vorverhandlungen Trattative*”, referida en la STS nº1091/1999 de 16 de diciembre<sup>308</sup>, según la cual, las partes en esta fase hablan, investigan, discuten y acuerdan los términos del futuro contrato.

---

<sup>307</sup> MENÉNDEZ MATO, J. C. (1998). *La oferta contractual*. Pamplona: Aranzadi. p. 33.

<sup>308</sup> La STS nº1091/1999 de 16 de diciembre (ROJ: STS 8109/1999; Id. Cendoj: 28079110011999101325); Recurso: 147/1995; Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, en su.



Cuando una persona tiene interés en concluir un contrato, puede iniciar una fase de sondeos y deliberaciones para ver si es posible llevarlo a cabo. Estas conversaciones pueden acabar de distintas maneras: i. En un fracaso inmediato, porque ni siquiera habrá habido negociación, ii. En la formalización del contrato, o iii. En la ruptura de las negociaciones por falta de acuerdo.

En algunas ocasiones, estos tratos preliminares serán sencillos en su proceso, incluso en otros, totalmente inexistentes. Cuando las partes conocen perfectamente el objeto y el resto de las circunstancias y, además, están dotados de una gran simplicidad, la concurrencia de voluntades es prácticamente inmediata.

En otras ocasiones, tales tratos preliminares pueden estar dotados de una gran complejidad, como sería el caso un eventual contrato de franquicia, ya que lo que se va a configurar es la creación de un acuerdo que vincule a dos empresarios en la formación de una nueva empresa, cuyo objeto será el nacimiento de una nueva franquicia. En este supuesto, no solo se requerirán dilatadas conversaciones en el tiempo, sino además deberán analizarse todos los documentos legales, técnicos, económicos, financieros, de mercado, etc., que se intercambien ambas partes, mientras duren los tratos, además de realizar las correspondientes averiguaciones de la contraparte y de la franquicia. Dada la enorme importancia que para las partes tiene el hecho de conseguir un consentimiento debidamente informado, sería conveniente introducir en nuestro sistema una eficaz regulación para garantizar la seguridad jurídica de estas y del sistema de franquicias en general.

En relación con el momento en que los tratos preliminares terminan, tenemos diferentes opiniones en nuestra doctrina, inclinándonos por la que nos ofrece CUADRADO

---

fundamento de Derecho primero se señala: "tratos preliminares" (Vorverhandlungen Trattative), teoría construida por la doctrina germánica y razonablemente asimilada por la española; la cual se puede definir como el conjunto de actos y operaciones que los intervinientes y "ad lateres" realizan con el fin de discutir y preparar un contrato. Y desde luego hay que afirmar que dichas operaciones se desenvuelven en un área nebulosa y desde luego evanescente, pues las mismas hay que enfocarlas desde un punto de vista muy amplio -ideas, especulaciones, planteamientos- pero que siempre tendrán un denominador común, como es no suponer acto jurídico alguno, ya que de dichas referidas operaciones no se derivan, de manera inmediata, efectos jurídicos mensurables".

PÉREZ<sup>309</sup>, que manifiesta que “la etapa precontractual donde se desarrollan los tratos preliminares no concluye con la formulación de una oferta simple, sino con la oferta aceptada, esto es, con la perfección del contrato”.

En este tipo de tratos preliminares complejos, como es el caso de la franquicia, se requiere de una importante inversión en tiempo y dinero, especialmente en lo que respecta a la posición del franquiciado, corriendo este el riesgo de perder dicha inversión de producirse por la contraparte una ruptura de las negociaciones, que en su caso podría recuperar a través del correspondiente resarcimiento en el supuesto de que la contraparte haya actuado con mala fe.

La distinción entre los diferentes tipos de tratos preliminares no solo viene determinada por el tiempo dedicado a estos o la variedad o número de actuaciones durante este proceso, sino también por el grado de compromiso que va produciéndose a lo largo de este camino que culminará con el contrato o con el desistimiento

En lo que se refiere al concepto jurídico de los tratos preliminares podemos tomar en consideración los distintos posicionamientos, en su mayor parte, procedentes de la doctrina civilista, y con una menor atención en la doctrina mercantilista, analizando finalmente las aportaciones jurisprudenciales más relevantes. Acorde con ello, entre las definiciones que aporta la doctrina civilista española referente a los tratos preliminares, podemos destacar las siguientes:

Según el profesor LASARTE<sup>310</sup> en algunos casos concretos “el paradigma formativo de oferta y aceptación suele verse precedido en la práctica de una serie de conversaciones, trueque de información, adelanto de condiciones contractuales no cerradas...que se conocen como tratos preliminares”.

---

<sup>309</sup> CUADRADO PÉREZ, C. (2003). *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Bologna: Studia Albornotiana. Pág.33.

<sup>310</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014). *Principios de Derecho Civil III: contratos*. Madrid: Marcial Pons. Pág. 75.

DÍEZ-PICAZO<sup>311</sup> define los tratos preliminares como “los actos que los interesados y los auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar un contrato, pudiendo consistir en conversaciones o negociaciones, pero también en manifestaciones escritas, redacción de proyectos, minutas o borradores”.

Según RIVERO HERNANDEZ<sup>312</sup> a veces los contratos se concluyen “mediante unas conversaciones o tratos preliminares o preparatorios de la convención, más o menos complicados o prolongados, según la importancia y trascendencia del contrato que se pretende celebrar, pudiendo generar gastos e intercambio entre las partes de notas, memorias, borradores y minutas de posibles estipulaciones con el objeto de poder ir perfilando el compromiso que van a adquirir y sus consecuencias”.

CUADRADO PERZ<sup>313</sup> manifiesta que “a través de todo tipo de actividades de relación (reuniones, discusiones, exploraciones, formulación de cláusulas concretas, acuerdos parciales, borradores...), las partes acuerdan acercar sus posturas y converger en lo que posteriormente constituirá el acuerdo de voluntades, después de haber evaluado la conveniencia acerca de la estipulación de dicho contrato”.

Para ALONSO PÉREZ<sup>314</sup> los tratos preliminares “constituyen el elemento objetivo de una relación jurídica precontractual, de características propias y constituido por todo un conjunto de actos, conversaciones, etc., destinado a remover obstáculos y a debatir el eventual contenido del contrato, poniendo de relieve que, durante las negociaciones, suelen producirse notables desembolsos económicos de distinta índole que alguien ha de soportar si no se llega a concluir el contrato”.

---

<sup>311</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Teoría del Contrato. Sexta Edición. Pag. 139.* Civitas - Thomson Reuters. Pág. 188.

<sup>312</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2003). En AA. VV., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones.* Madrid: Dykinson. Pág. 378.

<sup>313</sup> CUADRADO PÉREZ, C. (2003). *Oferta, aceptación y conclusión del contrato .* Bologna: Studia Albornotiana. Pág. 35.

<sup>314</sup> ALONSO PÉREZ, M. (1971). La responsabilidad precontractual. RCDI, Nro. 485. Págs. 863-884.

En el ámbito del derecho mercantil, a diferencia de los múltiples pronunciamientos aportados por los autores civilistas, son escasos los autores que han abordado la problemática de los tratos preliminares. Entre estos autores podemos traer a colación al tratadista GÓMEZ CALERO<sup>315</sup> que manifiesta que “antes de que concurran oferta y aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, puede mediar un periodo de tiempo más o menos largo en el que tienen lugar los tratos preliminares tendentes a perfeccionar el contrato”.

Por su parte, GARCÍA-PITA y LASTRES<sup>316</sup> los define como “una fase de intercambio de propuestas y contrapropuestas y, a veces incluso de conclusión de verdaderos contratos preliminares o preparatorios”. Añadiendo que si el contrato o contratos que se van a celebrar constituyen una operación de cierta complejidad “parece evidente que la negociación de la mayoría de los contratos mercantiles esté precedida de acuerdos preparatorios que incluso pueden ellos mismos, poseer la condición de verdaderos contratos preliminares”.

Los tratos preliminares pueden llegar a influir en la eficacia del contrato, como sería el caso del error o dolo producido por una de las partes en esta fase precontractual y que va a generar un vicio en el consentimiento.

Tanto la doctrina, como la jurisprudencia, como el *soft law* de la contratación de la UE, tratan ampliamente los vicios del consentimiento y sus causas, que pueden llegar a anular el contrato o, simplemente, que este no llegue a existir por falta del consentimiento, como es sabido, elemento esencial del contrato.

En este sentido, se pueden considerar dos tipos de contratos: aquella contratación automática, impersonal y objetiva cuando se trata del tráfico de mercancías y de determinados servicios, en la cual no existirán tratos preliminares o estos serán de poca entidad y aquella otra contratación como la que tiene lugar en la franquicia, fundamentada en la confianza, en la que el conocimiento de las condiciones particulares en el modelo de negocio, etc., dónde parece indudable, a la vez que necesaria, la presencia de los tratos

---

<sup>315</sup> GÓMEZ CALERO, J. (1998). *Derecho Mercantil II. Obra colectiva y coordinada por Jiménez Sánchez, G. J., 4ª Edición*. Barcelona. Pág. 218.

<sup>316</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L. (2003). *Derecho mercantil de obligaciones. Parte General*. Madrid. Pág. 413.

preliminares en este tipo de contratos, como sería el caso de los contratos de comisión, de agencia, de distribución y de franquicia. Resultando, además, como ya hemos analizado, que en nuestro ordenamiento para el contrato de franquicia existen unos deberes precontractuales expresamente regulados y que vienen referidos a un deber de información por parte del franquiciador, tal como señalan los arts. 62 de la LOCM y 3 del RD 201/2010.

Son diversas las sentencias del Tribunal Supremo en las que se alude a los tratos preliminares, entre estas sentencias cabe citar la STS nº762/2012 de 14 de diciembre 2012<sup>317</sup>, que además de concretar qué son los tratos preliminares, manifiesta de forma expresa que estos no tienen “trascendencia ni eficacia obligacional” y, en este caso concreto, no generan responsabilidad alguna y, en consecuencia, no hay derecho a indemnización dada la ausencia de mala fe.

#### **4.1 NATURALEZA JURÍDICA**

Durante esta fase precontractual es posible que se dé la llamada “contractualización de la fase de negociaciones”. Tratando de reducir los riesgos que supone el inicio de las negociaciones se elaboran acuerdos o cartas de intenciones, que sirven para fijar las bases bajo las cuales se desarrollaran las negociaciones, que no deben confundirse con un

---

<sup>317</sup> STS nº762/2012, de 14 de diciembre (ROJ: STS 8304/2012; Id. Cendoj: 28079110012012100728) Recurso: 1026/2010. Ponente: Antonio Salas Carceller. Fundamento de Derecho Tercero:

“(…) no existió contrato entre las partes sino, además, que únicamente se dieron entre las mismas unos contactos previos o tratos preliminares sin trascendencia ni eficacia obligacional, por lo que -lógicamente- su ruptura unilateral por la parte demandada no podía generar responsabilidad alguna y, en consecuencia, derecho a indemnización, ya que -como añade el juzgado mediante razonamientos a los que se remite la Audiencia- no se aprecia mala fe en la actuación de la demandada”.

precontrato. La doctrina jurisprudencial en la STS n°788/2005 de 13 de octubre del 2005<sup>318</sup> aclara la diferencia entre tratos preliminares y precontrato.

Cuando tales tratos preliminares acaban en una relación contractual no se puede afirmar que carezcan de trascendencia jurídica, si bien en cualquier caso esta trascendencia estará absorbida y, en todo caso, presidida por la existencia del contrato final a cuya consecución estaban dirigidos dichos tratos preliminares

El otro supuesto se daría cuando dichos tratos preliminares no superen su propia condición para dar lugar a un negocio jurídico. En este caso, su trascendencia jurídica, plantea importantes matices y, en cualquier caso, tendrán una total independencia respecto del contrato que no ha llegado a perfeccionarse.

No se genera una vinculación contractual, ni existe obligación de contratar. Lo único que se pretende con los tratos preliminares es comentar, contrastar, intercambiar o facilitar información o negociar en relación con el contenido del futuro contrato. Así, DIEZ-PICAZO<sup>319</sup> puntualiza que “si bien durante los tratos preliminares no se crea una relación jurídica, no puede afirmarse que estos sean jurídicamente irrelevantes, ya que como mínimo han de servir para la construcción de un consentimiento informado y para la interpretación del posterior del contrato”.

Además, en la fase precontractual existen una serie de deberes que las partes deben observar durante los tratos preliminares si no quieren incurrir en algún tipo de responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*), por el hecho de no actuar de

---

<sup>318</sup> STS n°788/2005 de 13 de octubre (ROJ: STS 6126/2005; Id. Cendoj: 28079110012005100775). Recurso: 428/1999. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana. Fundamento de Derecho Tercero:

“El llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o "pactum de contrahendo" bilateral de compraventa tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior (...), cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de ambas partes contratantes. (...) en los que las partes, a partir de acuerdos vinculantes, tratan de configurar esos elementos esenciales del contrato, que no existen jurídicamente hasta ese momento y que sin ellos no sólo no sería posible cumplimentar de forma obligatoria lo que todavía no existe, sino que permitiría a los interesados desistir de estos tratos, sin más secuelas que las que pudieran resultar de la aplicación del artículo 1.902 CC (...).”

<sup>319</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2007). “Fundamentos del Derecho...”. Op. Cit. p. 311.

acuerdo con los deberes que implica el principio general de la buena fe. En este sentido, VALPUESTA HERNÁNDEZ<sup>320</sup> describe los deberes a que obliga la buena fe durante los tratos preliminares, que son: a) “Deber de veracidad: referido al deber de información, tanto la suministrada como la que no se debe ocultar. Información que ha de ser necesaria y decisiva para la formación de la voluntad contractual”. b) “Deber de lealtad: se trata de observar un comportamiento correcto, de mantener confidencialidad de la información recibida, de mantener los tratos con una intención real de contratar, etc.” c) “Deber de no mantener negociaciones paralelas, que no atentaría contra el principio de la buena fe, a excepción de que existiera un pacto de exclusividad, aunque lo correcto sería avisar a la contraparte de que se están llevando a cabo estas negociaciones.” d) “Deber de protección: sobre la persona y los bienes de la otra parte, derivado de la relación de confianza que se ha podido generar por los tratos preliminares”.

En definitiva, los tratos preliminares tienen una remarcable relevancia en el marco de los contratos de distribución y, concretamente, en los contratos de franquicia, por la alta sensibilidad e importancia de las informaciones que se transmiten las partes.

Una cuestión relevante, es conocer cuándo los tratos preliminares pueden considerarse concluidos. Al respecto, DIEZ-PICAZO y HILSENRAD<sup>321</sup> declaran que “ (...) en los diferentes ordenamientos jurídicos, podemos encontrar diferentes respuestas, como lo es el hecho de concretar de quién es la responsabilidad precontractual en el caso de que un contrato no pueda concluirse, o a cargo de quién van los gastos generados en este periodo, en caso de no conclusión del contrato, lo que es fuente de conflictos en las transacciones comerciales internacionales”.

---

<sup>320</sup> VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. (2001). Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos. En M. R. Valpuesta Hernández, & R. Verdura Server. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 250.

<sup>321</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2007). “Fundamentos del Derecho...”. Op. Cit. p. 311.. Asimismo, HILSENRAD, A. (2019). *Las obligaciones precontractuales*. Edit. ARA. *Biblioteca de Derecho Privado*. Ediciones Jurídicas Olejnik. Págs. 50-555.

## 4.2 TRATOS PRELIMINARES Y OFERTA-ACEPTACIÓN

Podemos consensuar que tratos preliminares y la oferta son figuras jurídicas diferentes. Así pues, la oferta está orientada a la formación del contrato de franquicia, siendo un elemento fundamental del mismo, como determina el art. 1262 CC<sup>322</sup> cuando expone que el consentimiento contractual se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación. Los tratos preliminares carecen de tal esencialidad, ya que su ausencia no condicionara la existencia del contrato. ALLAN FARNSWORTH<sup>323</sup> describe la evolución desde una visión simplista de la formación del contrato que se fundamenta en la emisión de una oferta y de su correspondiente aceptación hasta una imagen más real que se proyecta por una “*multi-issue, problem solving, gain-maximizing negotiation*”. Así lo explicita también la SAP de Madrid nº54/2006 de 27 de enero<sup>324</sup>, siendo imprescindible que la voluntad del que hace la oferta y del que la acepta coincidan el objeto del contrato, ya que, de no ser así, se produciría un desajuste entre lo manifestado y la realidad de la cosa objeto del contrato. No obstante, en relación con la causa, se deberá realizar un examen sobre la existencia del error, atendiendo a la posición del contratante.

En este sentido, MAYORGA TOLEDANO<sup>325</sup> pone en relación la oferta con los tratos preliminares para manifestar que “los tratos no son necesarios y no son susceptibles de producir efectos jurídicos, mientras que la oferta es esencial para la formación del contrato; la finalidad de los tratos es concretar determinados aspectos y relaciones de

---

<sup>322</sup> Artículo 1262 CC: “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”.

<sup>323</sup> ALLAN FARNSWORTH, E. (1987). Precontractual Liability and Preliminary Agreements and Fair Negotiations. *Columbia law Review*. Núm. 87. Págs. 218-221.

<sup>324</sup> SAP de Madrid 54/2006 de 27 de enero (ROJ: SAP M 425/2006; Id. Cendoj: 28079370212006100025); Recurso: 129/2004; Ponente: Maria Almudena Cánovas del Castillo Pascual; Fundamento de Derecho Tercero:

“(…) *tratos preliminares se encaminan a la formulación de una oferta, y desaparecen cuando existe o se formula una proposición final con todas las notas de una oferta, que supone un consentimiento claro e inequívoco (…)*”

<sup>325</sup> MAYORGA TOLEDANO, M. C. (2007). *El contrato mercantil de franquicia*. Op. Cit. (2007) Pág. 72.



hecho, pero no hay voluntad contractual o de obligarse jurídicamente, mientras que en la oferta sí que hay una declaración de voluntad de formar un contrato, dando lugar a derechos y obligaciones; y para que la oferta sea válida debe incluir todos los elementos básicos del contrato, mientras que en los tratos preliminares no se exige ningún requisito y solo se tratará de aspectos parciales”. Y, en esta misma línea argumental, LASARTE ALVAREZ<sup>326</sup> manifiesta que “en el caso de los tratos preliminares, estos no constituyen una oferta, sino que, precisamente pretenden conducir a la formulación de la emisión de la oferta contractual”, añadiendo que “los tratos no suponen la fijación definitiva de una oferta, sino la realización de unos actos preparatorios de un eventual contrato, que puede llegar a celebrarse”.

Así pues, según LLOBET AGUADO<sup>327</sup> “el contrato quedará concluido, cuando existiendo oferta por parte del franquiciador, el franquiciado acepta. Para que pueda considerarse oferta, esta debe cumplir con una serie de requisitos, como son: i. ha de ser completa, implicando que debe estar constituida de tal forma que, con la sola aceptación el contrato quedará formalizado, como es el caso de que esté integrada por todos los elementos esenciales del contrato ii. ha de ser inequívoca y ser presentada como su propia declaración contractual. iii. Cuando la norma así lo requiera debe cumplir con el requisito de forma exigido. iv. ha de estar vigente en el momento de producirse la aceptación”. En este sentido, la STS de 28 de mayo 1945 declaró que “la declaración de voluntad por parte del oferente ha de manifestarse de modo que inequívocamente revele el propósito de vincularse contractualmente, con los correspondientes requisitos de consentimiento, objeto, causa y de forma tal que pueda quedar perfecto el contrato por la simple adhesión de la otra parte”.

En *common law* una oferta no tiene ninguna fuerza vinculante y ni siquiera es generadora de efectos jurídicos como la eventual de responsabilidad por daños. En este sentido,

---

<sup>326</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014). *Contratos, T. III de los Principios de Derecho Civil, 14ª Edición*. Madrid: Marcial Pons. Pág. 68.

<sup>327</sup> LLOBET Y AGUADO, J. C. (1996). El deber de información en la formación de los contratos. Marcial Pons. Págs. 20-22.

ZWEIGERTZ & KÖTZ <sup>328</sup> manifiesta que “en *civil law*, una oferta puede ser retirada hasta que llegue al destinatario, y en *common law* una oferta se convierte en irrevocable una vez que el destinatario haya aceptado”.

### 4.3 INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

Una de las características de los tratos preliminares, más allá de ayudar en la formación de la voluntad contractual, es su función interpretativa e integradora de los contratos. Es función esencial para llegar a conocer la voluntad real de las partes a la hora de contratar, a partir de unas declaraciones de voluntad plasmadas en un contrato, que presenta una falta de claridad, contradicciones y vacíos, el realizar una labor interpretativa o integradora de este.

Considerando además que, al encontrarnos en el ámbito contractual, se hace necesario tener en cuenta que el principio de la autonomía de la voluntad deberá moderarse al tener que tomar también en consideración el principio de la buena fe contractual y las consecuencias de la confianza generada en la otra parte. Función que, en el ámbito de la franquicia, valoramos como relevante, por el hecho de que se trata de negociaciones que perduran en el tiempo y en el que se plantean tratos preliminares complejos.

En el supuesto de acuerdos parciales a los que se hubiese llegado a través de tratos preliminares deberíamos considerar el principio rector que guía a los tratos preliminares, que es el de la buena fe (art. 7 CC, en conexión con el art 1258 CC, que estipula que los contratos se integraran por “la buena fe, el uso y la Ley”). En este supuesto, los tratos preliminares tendrán una relevancia a efectos de integración contractual. Y, como consecuencia, la información precontractual se integrará al contenido del contrato, aun cuando no haya sido recogida en el mismo.

---

<sup>328</sup> ZWEIGERTZ, K., & KÖTZ, H. (2002). Parte II. Capítulo 24: La libertad del contrato y sus límites. En *Introducción al Derecho comparado* (pág. 340 y ss). Ciudad de México: Oxford University Press. Pag.362-363.

### 4.3.1 INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Normalmente las palabras y expresiones contenidas en un contrato son el reflejo de la voluntad de las partes que las llevó a prestar su consentimiento, pero otras veces estas son ambiguas o confusas, carentes de claridad, lo que surge en estos casos la necesidad de interpretar, para poder averiguar cuáles fueron las verdaderas intenciones de estas al contratar; qué es lo que en realidad quisieron decir al redactar el documento.

Podemos considerar una interpretación subjetiva, que es la que nuestro Código Civil acoge, mediante la cual se toma en consideración la voluntad de las partes como expresión de lo querido y deseado por ellas y una objetiva que prescinde de lo anterior y considera lo que es habitual a los usos del tráfico. En relación con este tema, OSSORIO SERRANO<sup>329</sup> analiza nuestro Código Civil para llegar a la conclusión de que “si bien nuestro Código Civil, acoge el criterio subjetivo, utiliza también el objetivo cuando en la labor interpretativa considera también “el sentido en que las entenderían dos personas diligentes, procediendo de buena fe, sin indagar las intenciones internas”.

En este sentido, es interesante analizar la STS nº27/2015 de 29 de enero<sup>330</sup>, la cual, tras definir la labor interpretativa, pone de relieve los principios de búsqueda de la voluntad real de los contratantes, de conservación del contrato, de la buena fe y de la máxima

---

<sup>329</sup> OSSORIO SERRANO, J.M.; Teoría General del Contrato; en AAVV. Moreno B. Ossorio J. González J. M. Ruiz Rico J. Herrera R. (2018). *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 168.

<sup>330</sup> STS 27/2015 de 29 de enero (ROJ: STS 835/2015; Id. Cendoj: 28079110012015100116); Recurso: 103/2013; Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno; Fundamento de Derecho Segundo:

“Con carácter general debe indicarse que todo fenómeno interpretativo tiene por objeto la atribución de sentido o de significado a una determinada declaración. Esta labor, con la debida diferenciación, puede proyectarse sobre la formulación abstracta de un deber jurídico, supuesto de la interpretación normativa, o bien, sobre la interpretación de concretas declaraciones de voluntad, supuesto de la interpretación negocial” (...) debe precisarse que la labor del intérprete no puede realizarse desde una libertad absoluta en la búsqueda o atribución de sentido, sino que, por el contrario, su labor está sujeta a las reglas de hermenéutica que exige el proceso interpretativo”.

reciprocidad de las prestaciones, al igual que lo hace una parte de la doctrina nacional<sup>331</sup> y establece unas “Directrices generales” para el proceso interpretativo:

- a- “La averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes se erige como principio rector de la labor interpretativa, de forma que las demás reglas confluyen a su alrededor bien complementándola, bien supliéndola, pero nunca limitándola o alterándola”.
- b- “Proyectándose necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas”.
- c- “La interpretación literal del contrato que se infiere del criterio gramatical del mismo (párrafo primero del artículo 1281 del Código Civil), de forma que no puede ser valorada como un fin en sí misma considerada, o como un dogma del proceso interpretativo, pues la atribución del sentido objeto de la interpretación y de ahí, la unidad lógica del artículo citado, conforme a su segundo párrafo, sigue estando en la voluntad realmente querida por las partes contratantes (STS nº294/2012 de 18 de junio)”.
- d- “Esta valoración subjetiva del contrato celebrado es la que se sigue con la denominada interpretación integradora del mismo”.
- e- “La reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala también ha resaltado el papel básico que juegan los principios de conservación del contrato y de buena fe contractual”.
- f- “En relación a la conservación del contrato debe señalarse que se ha puntualizado su función interpretativa tras el reconocimiento de esta regla no sólo como un criterio de interpretación, sino también como un auténtico principio general del derecho (STS nº827/2012 de 15 de enero)”.
- g- “Con relación al principio de buena fe no solo se ha destacado su papel típico en el plano diferenciado de la integración del contrato, sino que también se ha

---

<sup>331</sup> DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., & BOSCH CAPDEVILA, E. (2018). *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*. Madrid: Marcial Pons. Págs. 341-344. El autor, pone de relieve también dichos principios, extraídos de los arts. 1281 y 1289 CC”.

reforzado su función como criterio decisivo en materia de interpretación y ejecución del contrato (STS nº537/2013 de 14 de enero de 2014)”.

Es relevante tener en cuenta que los tratos preliminares llevados a cabo en la fase precontractual de un contrato de franquicia pueden servir para conocer e interpretar la voluntad de las partes, una vez concluido el contrato. La normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico está destinada a fijar algunos criterios objetivos que han de permitir conocer cuál ha sido la voluntad de las partes a la hora de contratar.

#### a- EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El Código Civil es el que regula de forma más completa la interpretación de los contratos. No obstante, el Código de Comercio, en su art. 57, establece que los contratos han de interpretarse conforme a la buena fe, al manifestar que, *“los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”*. En este sentido lo expresan SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE<sup>332</sup> al describir que *“esto significa que el contrato ha de ser aplicado pensando que los contratantes han actuado en forma leal y con confianza recíproca. Esta norma de interpretación presupone una buena fe objetiva”*.

Para la interpretación de los contratos deberemos acudir, en primer lugar, al art. 1281 CC, el contenido del cual nos describe que *“si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquéllas”*. Dicho precepto es la primera y principal norma de interpretación subjetiva en el área contractual, cuyo origen se encuentra en el derecho romano. La doctrina jurisprudencial, aun cuando señala su carácter indiscutible

---

<sup>332</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2010). *Instituciones de Derecho Mercantil II*. Pamplona: Thomson Reuters. Pág. 190.

a la hora de interpretar un precepto contractual, dando preferencia al sentido literal de este, viene a matizarlo en el sentido de fijar una obligación de considerar otros datos, como es el de la conducta completa de las partes contratantes constituida por actos anteriores, actuales y posteriores al contrato, debiendo considerarse en este punto al art. 1282 CC para conocer su voluntad cuando determina que *“para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato”*. Parte de la doctrina sí que hace una interpretación extensiva del citado precepto, haciendo una especial mención a que la norma no prohíbe los tratos para tal fin interpretativo. Así, en relación con dicho precepto, OSSORIO SERRANO<sup>333</sup> matiza que *“muchas veces, los que se llaman actos preparatorios, los actos realizados por las partes cuando proyectan y preparan el contrato, pueden suministrar también elementos de juicio muy expresivos para averiguar la intención y el propósito que les indujo a contratar, por lo cual se estima que generalmente también estos actos anteriores han de tenerse en cuenta para interpretar los contratos”*. Y RAGEL SÁNCHEZ<sup>334</sup> declara que *“aunque el art. 1282 CC, no menciona los tratos preliminares, estos tienen incidencia a la hora de interpretar la voluntad contractual de las partes”*, estando en la misma línea argumental.

El art. 50 CCom. al referirse a la interpretación de los contratos mercantiles se remite a lo que establecen los arts. 1281 a 1289 CC. El art. 57 CCom. se refiere al principio de la buena fe como forma de interpretar los contratos de comercio, al manifestar que *“los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido*

---

<sup>333</sup> OSSORIO SERRANO, J.M.; Teoría General del Contrato; en AAVV. Moreno B. Ossorio J. González J. M. Ruiz Rico J. Herrera R. (2018). *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 169

<sup>334</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2000). *“Estudio legislativo...”*, Op. Cit. Págs. 239 y 326. En esta línea, Alonso Pérez, M. (1971). La responsabilidad precontractual. RCDI, Nro. 485. Pág. 867. El autor, nos recuerda que *“los tratos preliminares han dejado su impronta en el contrato y pueden ser adecuados para su interpretación”*. Y también LASARTE ÁLVAREZ, C. (2003). *“Principios de Derecho...”*, Op. Cit., pp. 75 y 115. Quien opina que el art. 1282 CC no excluye *“la consideración de los actos precontractuales (en particular los tratos preliminares), los cuales asumen también relevancia en sede interpretativa que, se afirma con razón ser más espontáneos y desinteresados que los actos post contractuales”*.

*recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones*". Y el art. 59 CCom. Regula, a diferencia de lo que establece el art. 1281 CC, que las dudas interpretativas se resolverán a favor del deudor. GADEA<sup>335</sup>, refiriéndose a Condiciones Generales de la Contratación en el ámbito de consumidores, manifiesta que "en el caso de cláusulas oscuras "se resolverán en favor del adherente".

La jurisprudencia, a través de diversas sentencias, expone el hecho de que la interpretación de la voluntad contractual se deduzca tanto por los actos preparatorios o preliminares como por los coetáneos y posteriores. Y así lo viene a ratificar la STS nº2019/2017 de 24 de mayo<sup>336</sup>.

No obstante, conviene puntualizar que en caso de discrepancia entre la interpretación que se desprende de los tratos preliminares al contrato y los coetáneos y posteriores al mismo, deberán prevalecer estos últimos.

#### b- LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS (PECL)

Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), parte del actual *Soft Law* de la UE, regulan también la interpretación de los contratos. Concretamente, en el art. 2:105 referido a la "Cláusula de integridad", establece que "*las declaraciones anteriores de las partes pueden utilizarse para interpretar el contrato. Esta regla solo puede excluirse o restringirse a través de una cláusula negociada de manera individual*". Como

---

<sup>335</sup> GADEA, E. G. (2016). *Derecho de la Contratación Mercantil*. Madrid: Dykinson. Págs. 60-61.

<sup>336</sup> STS 325/2017 de 24 de mayo (ROJ: STS 2029/2017; Id. Cendoj: 28079110012017100313). Recurso: 580/2015. Ponente: Antonio Salas Carceller. Fundamento de Derecho Sexto: "*Esta sala ha declarado en relación con el artículo 1282 CC que «el silencio de la norma sobre el valor interpretativo de los actos anteriores a la celebración del contrato no ha significado obstáculo para que se admita el mismo, ya que la norma no los excluye y, de hecho, la expresión "principalmente" referida al comportamiento coetáneo y posterior, supone la admisión implícita de la posibilidad de tenerlos en cuenta*".

puede observarse, esta cláusula va más allá de lo que establece el art. 1282 del CC y que es suplido en nuestro país por la labor jurisprudencial del Tribunal Supremo. El precepto analizado contempla la posibilidad de pactar la exclusión o restricción del contenido interpretativo del contrato, que si se hiciera a través de una cláusula negociada de manera individual, podría llegar a considerarse abusiva según nuestro ordenamiento jurídico, ya que en el art. 7 de la ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, establece como no incorporadas, aquellas condiciones generales, las cuales “*el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5*”. Ahora bien, para que la “cláusula no negociada individualmente” alcance la categoría de “condición general de la contratación”, además habrá de nacer bajo la necesaria finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, normalmente de adhesión.

#### c- EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA

El MCR ofrece, en su art. II-8:102, unas determinadas reglas para la interpretación de los contratos, entre las que se incluye “*a) las circunstancias en que el acuerdo se celebró, incluidas las negociaciones preliminares*”.

Resultando, por tanto, destacable la referencia que, desde la perspectiva subjetiva, la norma hace en relación con los tratos preliminares y su influencia sobre la labor interpretativa de los contratos, dado que estos marcan el camino hacia la formalización del contrato.

No obstante, y, a pesar de su indudable valor interpretativo, el MCR al considerar las cláusulas de integridad o de absorción en su art. II-4:104 y cuyo origen está en el *Common Law*, permite su exclusión convencional, como medio de interpretación.

Por su parte, el redactado de la PMCC tiene un contenido muy similar al del MCR, haciendo referencia expresa a los “actos anteriores” a la celebración del contrato, a efectos interpretativos.



### 4.3.2 INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS

#### a- EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

Para llegar a concretar el contenido exacto del contrato, junto con una actuación interpretativa, si fuera el caso, será necesario la integración del contrato en el supuesto de existir lagunas en el contenido regulatorio de este, como consecuencia de cómo se efectuaron las declaraciones de voluntad por ambas partes que, en algunos casos, podrán ser corregidas aplicando normativa legal dispositiva atendiendo al tipo de contrato de que se trate y, en otras, deberemos considerar el principio de la buena fe. Además, el art. 1258 CC establece también que los contratos se integrarán por la buena fe, el uso y la ley. De este modo, la integración viene a resolver la ausencia de voluntad en un tema concreto, dentro del marco de un contrato. Considerando el contenido del mencionado art. 1258 CC, RIVERO ÁLVAREZ<sup>337</sup> manifiesta que “los tratos preliminares tendrán relevancia para la integración contractual a través de la buena fe enunciada en el art. 1258 CC, considerando en este caso los acuerdos a los que se hubiese llegado durante en la fase precontractual o de tratos preliminares”.

Nótese que el ordenamiento jurídico español no prevé las denominadas cláusulas de integridad. Por otro lado, tampoco da una solución explícita al conflicto que puede surgir de la divergencia entre un acuerdo previo y el acuerdo incorporado en el cuerpo del contrato. Si bien, tal como he comentado deberemos atender, en primera instancia, a las normas legales del contrato en cuestión. Y, si las normas legales son imperativas, estas prevalecerán sobre lo convenido por las partes, caso en el que no existirá laguna ni integración, porque estas se deberán introducir en el contenido del contrato.

URREA SALAZAR<sup>338</sup>, en relación con las cláusulas de integridad, advierte que “al aceptar que estas informaciones precontractuales puedan llegar a formar parte del contrato, puede generar la posibilidad de ante un supuesto de infracción, se pueda llegar

---

<sup>337</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2003). En AA. VV. *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones* (pág. 378). Madrid: Dykinson. Pág. 378. Asimismo, Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2000). “*Curso de Derecho Civil II...*”. Op. Cit. Pág. 138.

<sup>338</sup> URREA SALAZAR, M. J. (2018). Propuestas de reforma del Derecho de obligaciones y contratos en España y la Unión Europea. *La Ley Unión Europea*, Nro 57, 1-16.

a exigir el resarcimiento del interés positivo por el incumplimiento del contrato, lo que ya existe en el derecho de consumo, pero que en virtud de este principio se establece con carácter general para todo tipo de contratos”.

A diferencia de lo señalado, el Código Civil francés si contempla en su art. 1163 la función integradora de los acuerdos alcanzados, informaciones o conversaciones realizadas durante los tratos preliminares, determinando que “cualquiera que sea la generalidad de los términos en que se conciba un contrato, sólo comprenderá las cosas sobre las cuales parezca que las partes se propusieron contratar”.

A destacar, la SAP de Asturias nº483/2018 de 15 de noviembre 2018<sup>339</sup>, que aludiendo a una STS argumenta la función integradora de cierta publicidad comercial emitida por el franquiciador.

#### b- EL *SOFT LAW* DE LA CONTRATACIÓN

El art. 6:101 PECL considera también la posibilidad de que puedan formar parte del contrato, considerándose, por tanto, obligaciones contractuales, aquellas declaraciones precontractuales, en el supuesto de que la otra parte así las considerara en función de las circunstancias, teniendo en cuenta la importancia aparente de dicha declaración para la otra parte y la experiencia profesional de ambas. Estamos, en este caso, ante una cláusula de integridad que no se encuentra presente en nuestro ordenamiento jurídico.

Por su parte, el art. II-4:104 MCR<sup>340</sup> recoge lo relativo a la cláusula de integridad, poniendo en relación las cláusulas negociadas y no negociadas individualmente de un

---

<sup>339</sup> SAP Asturias 483/2018, de 15 de noviembre (ROJ: SAP O 3389/2018; Id. Cendoj: 33024370072018100472). Recurso: 320/2018. Ponente: Eduardo García Valtueña. Fundamento de Derecho Segundo:

*“(…) distingue entre la publicidad, sin más valor que el de una invitación a negociar - "invitatio ad offerendum" -, y la que constituye además una oferta contractual - oferta publicitaria -, o cuanto menos tiene relevancia para la interpretación e integración del contrato, de conformidad asimismo con el principio de buena fe contractual”.*

<sup>340</sup> Art. II-4:104 MCR. Cláusula de Integridad:

1- “Si un contrato documentado contiene una cláusula negociada de manera individual en la que se declara que en el documento constan todos los extremos del contrato (cláusula de

contrato con la integración de los compromisos previos, siendo el contenido de este artículo prácticamente idéntico al art. 2:105 PECL y muy similar al art. 2.1.17 de los Principios *UNIDROIT*.

Se da con relativa frecuencia que las partes que han llegado a un acuerdo verbal deciden incorporarlo al cuerpo del contrato, momento en que pueden surgir desacuerdos por el hecho de que en el documento falte alguno de los términos acordados o porque aparezca una contradicción entre alguno de ellos. El MCR considera el primer supuesto que sería el de omisión, de un término acordado verbalmente, determinando que este se considerara vigente, si puede complementar el contrato probando adecuadamente su existencia, si bien, este supuesto solo se dará en el caso de que la cláusula en cuestión haya sido negociada de forma individual, por lo que no puede tratarse de una cláusula estándar o predispuesta. Por otro lado, en determinados casos, “las declaraciones o el comportamiento de una de las partes pueden provocar la pérdida del derecho a alegar una cláusula de integridad”.

## 5. ACUERDOS PREVIOS AL CONTRATO

Durante la fase precontractual y antes de la firma del contrato de franquicia las partes pueden llegar a acuerdos, que servirán para ir asentado una situación negocial a lo largo del proceso que ha de llevarlos a la conclusión de dicho contrato. Estos acuerdos pueden llegar a ser verdaderos contratos, como en el caso de los precontratos y la opción de compra y otros como la carta de intenciones, que no lo son. Todos estos tipos de acuerdos previos son muy frecuentes en el ámbito de la franquicia, dada la complejidad y duración de la fase precontractual.

---

integridad), cualesquiera declaraciones, compromisos o acuerdos previos que no consten el documento no forman parte del contrato”.

- 2- “Si la cláusula de integridad no ha sido negociada de manera individual, solamente pretende presumir que las partes pretendieron que sus declaraciones, compromisos o acuerdos anteriores no formasen parte del contrato. Esta cláusula no puede excluirse ni restringirse.
- 3- “Las declaraciones o el comportamiento de una de las partes, puede provocar la pérdida del derecho a alegar una cláusula de integridad si la otra parte se ha basado en ellos de manera razonable”.

## 5.1 LA CARTA DE INTENCIONES

En la fase inicial de los tratos preliminares, existirá un primer contacto entre franquiciador y franquiciado en que el primero ofrecerá al segundo la firma de un contrato de franquicia o bien será el segundo quien solicite al primero tal posibilidad.

Este contacto inicial puede documentarse con una carta de intenciones, cuando se trata de dos empresas organizadas que se plantean una operación relevante y compleja, como puede ser el caso de una multi franquicia o una máster franquicia.

En esta carta de intenciones puede figurar, entre otros aspectos, la información relativa al número de establecimientos que se plantea abrir en un periodo determinado dentro de un mercado concreto, las marcas involucradas, las condiciones económicas de la franquicia, el carácter confidencial de la información a transmitir, etc.

La carta de intenciones, que tiene su origen en los países anglosajones, no tiene una regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, siendo su función la de manifestar la intención de iniciar las negociaciones bajo unas condiciones mínimas. En este sentido, en la carta de intenciones lo negociado, expuesto o declarado no forma parte del contrato y las partes no quedan vinculadas jurídicamente, a menos que se aprecie una evidente mala fe.

Desde mi punto de vista, entre las funciones principales de la carta de intenciones estarían el asegurarse la exclusividad territorial de un mercado mientras se está negociando, fijar las condiciones económicas de la franquicia o establecer un deber de confidencialidad por aquella información reservada que se transmitan las partes, que puede ser relativa a parte del *know how*, económica e incluso personal. Condiciones mínimas que el franquiciado necesitará conocer y valorar a fin de estar en mejores condiciones para iniciar la negociación.

## 5.2 EL PRECONTRATO

Con el precontrato ambas partes se comprometen a celebrar en un futuro próximo el contrato principal. Dicho compromiso, por tanto, tiene carácter vinculante, por lo que las partes podrán exigir su cumplimiento, si bien la contraparte puede negarse, ya que no está obligada a contratar en contra de su voluntad, debiendo, en su caso, indemnización por los daños y perjuicios causados con su negativa.

LASARTE ÁLVAREZ<sup>341</sup> nos ofrece una definición de precontrato, determinando que, son “aquellos por los que las partes se obligan a celebrar un futuro contrato, o bien mediante la prestación de un nuevo consentimiento respecto de este, o bien mediante la manifestación de una sola de las partes, por entender que la otra se encuentra ya vinculada por el primer contrato”.

MORALEJO MARTINEZ<sup>342</sup> diferencia entre contrato normativo y precontrato, determinando que “no cabe confundir contrato normativo con precontrato, en la medida en que, entre otros aspectos, el precontrato genera la obligación de celebrar un contrato futuro y el contrato normativo no. La eficacia del contrato normativo se limita a integrar el contenido jurídico obligacional de negocio que las partes se decidan a celebrar.”

El contenido del precontrato podría ser el mismo que el de la carta de intenciones, si bien, es normalmente más extenso por incorporar los elementos esenciales de lo que en un futuro será el contrato. La gran mayoría de precontratos que se firman son en realidad verdaderos contratos, ya que en él se dan los elementos esenciales de estos.

A través del precontrato las partes se comprometen a formalizar un contrato nuevo, a través de la prestación del consentimiento de las dos partes o de una, si se da por entendido que la contraparte ya se vinculó a través del primer contrato (SAP de la Coruña de 8 de febrero<sup>343</sup>).

---

<sup>341</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (2003). “Principios de Derecho...”. Op. Cit. Pág. 77

<sup>342</sup> MORALEJO MENÉNDEZ, I. (2007). *El Contrato mercantil de Concesión*. Aranzadi. Pág. 142.

<sup>343</sup> SAP de la Coruña de 8 de febrero 2002 (ROJ: SAP C 365/2002; Id. Cendoj: 15030370032002100008); Recurso: 1340/2001; Ponente: Rafael Jesús Fernández-Porto García; Fundamento de Derecho Segundo:

“El precontrato es ya en sí mismo un verdadero contrato, que tiene por objeto celebrar otro en un futuro (...) entender que no es posible obligar a la contraparte a la prestación del consentimiento,

### 5.3 LA OPCIÓN DE COMPRA

La opción de compra es una de las formas que puede adoptar el precontrato. En este caso, una de las partes concede a la otra la posibilidad de celebrar un futuro contrato, quedando por tanto la primera vinculada a tal celebración, si la que tiene la opción de compra decide ejercer su derecho, recogándose los requisitos indispensables para su existencia: la cosa, el precio, etc., cuya naturaleza contractual nadie pone en cuestión, al igual que el precontrato y a diferencia de los tratos preliminares. RAGEL SÁNCHEZ<sup>344</sup> define la opción de compra como “el convenio en virtud del cual una persona concede a la otra, durante un tiempo determinado la posibilidad de celebrar un contrato en el futuro”.

La línea divisoria entre el precontrato, la opción de compra y los tratos preliminares en algunas ocasiones va a ser difusa, llegando a ocurrir, que si los elementos básicos del contrato proyectado en el precontrato o en la opción de compra no están bien reflejados, nos encontraremos frente a unos tratos preliminares. La STS nº395/2000 de 11 de abril<sup>345</sup> define la opción de compra, poniendo en evidencia que el documento firmado entre las partes carecía de los elementos esenciales para poder ser considerado como precontrato.

---

o a la emisión de una declaración de voluntad, en lo que consiste la obligación del futuro contrato, ya que esto es un acto estrictamente personal y no es coercible, quedando viva únicamente la posibilidad de una indemnización por daños y perjuicios causados (...)”

<sup>344</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2000). “*Estudio legislativo...*”. Op. Cit. Pág. 246,.

<sup>345</sup> STS nº395/2000 de 11 de Abril (ROJ: STS 3063/2000; Id. Cendoj: 28079110012000101541); Recurso: 419/1999; Ponente: Xavier O’Callaghan Muñoz; Fundamento de Derecho Segundo:

“La opción es un precontrato unilateral por el que una parte concede a la otra la facultad de decidir sobre la celebración o no del contrato principal que habrá de realizarse en un plazo cierto y en unas determinadas condiciones: definición dada por las sentencias de 4 de abril de 1987, 24 de enero de 1991, 13 de noviembre de 1992, 1 de diciembre de 1992, 18 de junio de 1993, 14 de febrero de 1997; siendo esencial en su concepto el que “no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio (opción de compra) bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato quede firme.”

“En definitiva, no es una opción de compra, como precontrato unilateral, en el que basta la declaración de voluntad para ejecutarlo y perfeccionar la venta, sino que es precisa una nueva concordancia de voluntades para adaptar el modelo y establecer las modificaciones y aclaraciones necesarias” (...), puesto que el objeto no está perfectamente determinado.”

# CAPITULO V: INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y REGISTRO DE FRANQUICADORES

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Tomando en consideración el contexto de la fase precontractual, LLOBET AGUADO<sup>346</sup>, define el concepto de información como “un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes (deudor de la obligación de información) a la otra parte (acreedor de la obligación de información), teniendo como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual de este último, tanto en lo referente a los aspectos jurídicos como materiales del negocio”.

Históricamente, tanto los códigos civiles como los mercantiles, no consideraban regulación alguna relativa a la información que deben suministrarse las partes de un contrato para poder aportar un consentimiento informado.

La visión clásica de la “igualdad entre las partes contratantes” obligaba a cada una de estas a informarse adecuadamente sobre los aspectos relativos al futuro contrato y sus consecuencias. El principio general de la buena fe obligaría a las partes a no ocultar ninguna circunstancia que pudiese interesarle. En este sentido, GÓMEZ CALLE<sup>347</sup> afirma que “No puede dudarse de la existencia de deberes precontractuales de información, regidos en muy buena medida por los criterios de buena fe y de uso de los negocios”.

En el derecho moderno de los contratos en la UE existe una tendencia de creciente preocupación por conocer y regular lo que sucede en la fase precontractual. La nueva normativa sobre el deber de información forma parte de esta tendencia dado que, a través

---

<sup>346</sup> LLOBET Y AGUADO, J. C. (1996). el deber de información en la formación de los contratos. Marcial Pons. pág. 132.

<sup>347</sup> GÓMEZ CALLE, E. (1994). “*Los deberes precontractuales...*”, *op. cit.*, p. 127.

del tiempo y con la aparición de las grandes corporaciones, la desigualdad de las partes se ha ido acentuando.

GOMEZ CALLE<sup>348</sup>, en relación con los límites sobre el deber de informar, “duda de si el franquiciador debería informar de aquello que el franquiciado desconoce, pero que es de su interés, pero que está fuera del alcance del objeto del contrato, tratándose de donde poner la línea que separa el deber de informar y el principio de autorresponsabilidad”.

Consideramos que el deber de informar en el ámbito de la franquicia, que encontramos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos actuales, es la columna vertebral del derecho precontractual, dada la creciente asimetría de poder e informativa que se da en este sector, en el cual las empresas franquiciadoras son cada vez más y de mayor tamaño. Este deber está inspirado en la legislación de EEUU, la cual constituye la normativa más completa y garantista que existe, fundamentándose en la transparencia informativa (*disclosure*), para intentar eludir la inseguridad en la formación del contrato, evitando de esta forma la existencia de las franquicias vacías en aras de poder reducir así un buen número de eventuales conflictos contractuales.

En la normativa española vigente, a través del deber de información, se protege a la parte que se encuentra en una situación de desventaja que, en el contrato de franquicia, como venimos reiterando, es el franquiciado, por el hecho de ser la parte débil y la que de menos información dispone.

Para conocer cuáles son los deberes de información que pueden surgir en una relación de franquicia consideraremos, en primer lugar, que se trata de un deber que surge durante las negociaciones de la fase precontractual, que eventualmente pueden dar lugar a un contrato vinculante. La noción de deber sugiere que existe una obligación positiva de actuar proporcionando información, ya sea una obligación general o que surge en circunstancias específicas. No es simplemente un incentivo para proporcionar información, ni hay una opción para la parte interesada en cuanto a actuar o abstenerse de hacerlo. Si una parte está sujeta a un deber de información precontractual está obligada a poner a disposición de la contraparte una información específica.

---

<sup>348</sup> GÓMEZ CALLE, E. (1994). “*Los deberes precontractuales...*”. *Op. Cit.* Pág. 105.



Es necesario distinguir, en el ámbito de la franquicia, el deber de proporcionar información - como sucede en nuestro ordenamiento jurídico -, del deber de divulgar (*disclosure*) información -como es el caso del de EEUU-. Cuando alguien tiene el deber de informar, la atención se centra en la transparencia hacia la contraparte, mientras que el deber de revelar da a entender que la persona sujeta a tal deber tiene algo que ocultar que este deber le obliga a revelar. Si bien la línea divisoria entre las dos circunstancias puede ser muy fina, estamos de acuerdo en que es una distinción importante a tener en cuenta. Sin embargo, es una distinción que a menudo se difumina y uno puede ver la referencia a un "deber precontractual de revelar información" cuando el enfoque principal está en la transparencia, en lugar de en la divulgación forzada. Tampoco debe exagerarse, porque incluso una simple obligación de proporcionar información puede hacer que una persona revele algo que podría haber preferido guardar para sí mismo y, por lo tanto, convertirse en un deber de divulgación.

La información a suministrar al franquiciado le va a servir para reducir, en la mayoría de los supuestos, los riesgos en que va a incurrir con la contratación y a formar adecuadamente su voluntad contractual. En este sentido, RUIZ PERIS<sup>349</sup> declara que “en la franquicia, el franquiciado que en la mayor parte de las veces es un pequeño empresario, cuando esté negociado el contrato, necesita valerse de la información que le proporcione el franquiciador para poder valorar objetivamente las bondades y el riesgo del negocio que pretende franquiciar”.

En este sentido, cabe destacar la SAP de Burgos nº 116/2018 de 10 de abril<sup>350</sup>, que, entre otras cosas, declaró que el contrato de franquicia es un contrato de colaboración,

---

<sup>349</sup>RUIZ PERIS, J. I. (2000). *Los tratos preliminares en el contrato de franquicias*. Aranzadi, p. 145. Op. cit., p. 145. El autor considera que la desigualdad contractual justifica la información precontractual. Asimismo, RUIZ-RICO RUIZ, C. (2008). *El contrato de franquicia...* Op. Cit. Pág. 103.

<sup>350</sup> En este sentido SAP Burgos 116/2018 de 10 de Abril (ROJ: SAP BU 272/2018; Id. Cendoj: 09059370032018100090). Recurso: 432/2017. Ponente: José Ignacio Melgosa Camarero. Fundamento de Derecho Tercero:

“(…) el contrato de franquicia es un contrato de colaboración entre dos empresarios independientes y que por ello debe fundarse en la confianza mutua que a su vez implica como elemento relevante del mismo la existencia de buena fe contractual, tanto en la negociación del

fundamentado en la mutua confianza, lo que hace situar la buena fe contractual como elemento vertebrador durante toda la fase de negociación. La sentencia, si bien venía a expresar la tutela del franquiciado con base en el deber de información del franquiciador emitió una opinión referida a un deber de información para las dos partes, fundamentado en el principio de la buena fe, aplicable también en la fase precontractual.

Téngase en cuenta que, si a lo largo de los tratos preliminares se ha establecido una relación de especial confianza entre las partes, atendiendo al principio de la buena fe, el franquiciado estará también obligado a facilitar toda aquella información, que el franquiciador por sí mismo no podrá llegar a conocer por carecer de los medios pertinentes, y que de haberla conocido no hubiera contratado.

La información que está obligado a suministrar el franquiciador, a través del art. 62 LOCM, es directa ya que debe ser entregada al franquiciado o indirecta que se daría en el supuesto de no haberse derogado el Registro de Franquiciadores, ya que en este caso el franquiciado podría acceder a información del franquiciador y de la franquicia a través de dicho Registro.

Como hemos señalado, la información precontractual en el sistema de franquicias viene a insertarse en el amplio marco de las negociaciones o tratos previos, obligando a los futuros contratantes a pasar por esta fase antes de la perfección del contrato, cuando en otros contratos mercantiles es absolutamente prescindible y opcional.

Así pues, la información precontractual en el ámbito de la franquicia se concreta como una verdadera obligación legal, contenida en el art. 62 LOCM, dirigida solamente al franquiciador, al cual se le impone un deber de entrega de dicha información al franquiciado, por lo que esta norma tiene un marcado carácter protector en favor del franquiciado.

---

*contrato como en el desarrollo del mismo, y la exigencia de buena fe en la negociación del contrato implica que en la fase precontractual o previa a su firma la franquiciada proporcione al franquiciado potencial información veraz y suficiente sobre el modelo de negocio singular y testado (...)*”.

La existencia de normas tuitivas de carácter imperativo solo encuentra sentido en aquellas relaciones contractuales, como en el contrato de franquicia, que implican una integración plena de una parte (franquiciado) en el negocio de la otra (franquiciador), por el hecho de la utilización temporal de su modelo de negocio.

## **2. RECURSOS NORMATIVOS**

### **2.1 DERECHO NACIONAL**

Como es sabido, la transparencia informativa (*disclosure*) es parte esencial de la actual legislación existente a nivel internacional en relación con la distribución comercial. Ello es fruto de la influencia de la normativa estadounidense en esta materia, la cual tiene sus orígenes en los años 70, como consecuencia de la alta conflictividad existente en el ámbito de la franquicia y en un contexto de inseguridad en la contratación, originada por la existencia de franquiciadores que operaban con la finalidad última de conseguir financiación a cualquier precio de sus franquiciados, quedando en segundo término la finalidad de lograr la consolidación de una red comercial estable. Este constituiría el motivo esencial del porqué de las normas que a nivel europeo y en relación con los deberes de transparencia se han incrustado en el *Franchise Format Business*, abarcando el concepto norteamericano de “*franchising*”.

En nuestra opinión la consecución de una apropiada transparencia informativa, que tenga por finalidad reducir las asimetrías informativas de las partes existentes durante la fase precontractual, logra evitar un buen número de conflictos posteriores.

Es especialmente remarcable el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, actualmente en trámite parlamentario, que contiene una normativa referida al deber de información, sus incumplimientos y responsabilidades derivadas de estos. Siendo de destacar, por nuestra parte, el hecho de que este deber legal de información en el documento descrito viene referido a ambas partes del contrato, entiéndase franquiciador y franquiciado, cuando la legislación actual vigente lo hace de forma unidireccional, esto es, únicamente

para el franquiciador en favor del franquiciado, erigiéndose en una importante novedad a destacar.

Conviene reiterar que del incumplimiento del deber de información se puede derivar una responsabilidad precontractual, al margen de las posibles consecuencias que la errónea prestación del consentimiento pudiera tener sobre la propia existencia del contrato. Acorde con lo anterior, es realmente sorprendente, que algunas resoluciones judiciales aisladas como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de enero<sup>351</sup>, consideren como un mero incumplimiento administrativo, el incumplimiento del deber de información del art. 62 LOCM.

Por su parte, la Ley 3/2017 de 15 de febrero, del Código Civil de Cataluña, relativo a las Obligaciones y a los Contratos<sup>352</sup>, muy poco nos aporta sobre la materia, ya que la única referencia existente sobre el derecho de información es sobre el contrato de compraventa específicamente.

### **2.1.1 EL ART. 62 LEY 7/1996 LOCM**

---

<sup>351</sup> SAP Asturias nº36/2003 de 23 de enero (ROJ: SAP O 230/2003; Id. Cendoj: 33044370072003100023). Recurso: 458/2002. Ponente: Víctor Emilio Covian Regales. Fundamento de Derecho Tercero:

“Es cierto que se afirmó que el franquiciador no había facilitado la información precontractual a que se refieren el Art. 62 de la L. 7/96 de Ordenación de Comercio Minorista y 3 del Reglamento de 1.998, pero ello en sí mismo considerado, de resultar acreditado, no es constitutivo más que de una infracción administrativa”.

<sup>352</sup> Pero es que, además de la franquicia, ninguna mención se hace al contrato de distribución, por lo que ambos contratos deberán regirse por las normas especiales y por el Código Civil español. Estimamos, pues, que los legisladores catalanes, han perdido una interesante oportunidad, no regulando los mencionados contratos, dada la importancia que para la economía nacional tiene la actividad comercial que ambos representan, aunque en el desarrollo del Título I sí la tendrán para abordar lo relativo a la formación del contrato y dentro de ella al deber de información precontractual, adelantándose a la potencial modernización del CC, en su apartado de obligaciones y contratos, que desde hace años está incomprensiblemente parada en sede parlamentaria.

El art. 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, inspirado en otros ordenamientos, fundamentalmente en la “*Franchise Rule de los Estados Unidos*”, regula de forma escueta “la actividad comercial en régimen de franquicias” y los arts. 65 y 68 LOCM<sup>353</sup> regulan las infracciones a esta Ley.

El contenido del art. 62 LOCM está integrado por una descripción de la actividad de franquicia, un deber de información que la Ley impone al franquiciador con un mínimo de detalle del contenido de esta y la obligación de registro de los datos del franquiciador en el Registro de Franquiciadores (actualmente derogado).

Así pues, dicho precepto solo tiene una intención tuitiva para el franquiciado, estableciendo un deber de información que afectará al franquiciador durante la fase precontractual. Como lo hace también el RD 201/2010 que lo desarrolla, en sintonía con el modelo francés y el de EEUU.

El mencionado deber de información fue concretado de forma genérica, aunque se hace mención explícita de aquellos aspectos esenciales en el ámbito de la información precontractual, señalando como tales: a) “Los datos principales de identificación del franquiciador”, b) “Descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia”, c) “Contenido y características de la franquicia y de su explotación”, d) “Estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia”.

Siguiendo la evolución legislativa del precepto, observamos cómo después del RD 20/2018 de 7 de diciembre del 2018, en el que se optó por eliminar toda referencia al Registro de Franquiciadores, con una argumentación nada convincente contenida en la Exposición de Motivos, el contenido del actual art. 62 LOCM ha quedado reducido a la

---

<sup>353</sup> “Art. 65 Infracciones graves: s) Cursar información errónea o claramente insuficiente cuando esta haya sido solicitada de conformidad con la normativa de aplicación y tenga carácter esencial, se generen graves daños o exista intencionalidad”.

“Art. 68 Cuantía de las multas: 2. Las infracciones graves se sancionarán con multa de 6.000 euros a 30.000 euros”.

definición de lo qué es una franquicia y una referencia al deber de información precontractual.

En el art. 62 LOCM ninguna mención se hace al derecho de información que el franquiciador debería tener, como ocurre con otros ordenamientos jurídicos de derecho comparado, en el *soft law* de la contratación de la UE e internacional, las Propuestas de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. No obstante, hay que considerar que se exige por una actuación del franquiciador conforme al principio de autorresponsabilidad y la diligencia debida de un ordenado empresario, con base en la cual gran parte de la información la debe conseguir por sus propios medios, realizando una investigación menos compleja y relativamente menos costosa para él, a fin de asegurarse que el franquiciado reúne en su persona la capacidad de gestión y la solvencia económica suficiente, que le garanticen que su imagen de marca y, por extensión, la seguridad y viabilidad de su proyecto empresarial no va a resultar dañada por la contratación de un franquiciado inadecuado<sup>354</sup>.

Y, en determinadas circunstancias, teniendo en cuenta las cualidades subjetivas del franquiciado, también se le podrá exigir actuar conforme a la diligencia debida para la obtención de cierta información.

Desde nuestra perspectiva, la ubicación del precepto concretada en la LOCM, resulta criticable y también su escaso tratamiento legislativo no merece una valoración positiva, siendo necesaria una regulación más completa y detallada de este régimen contractual, fijando las bases normativas sobre las que debería asentarse el deber de información. Del mismo modo nos parece desacertado el criterio legislativo adoptado en torno de las

---

<sup>354</sup> Para conceptualizar lo que es la diligencia de los empresarios, debemos ir más allá del modelo civil del buen padre de familia del art. 1124 CC, que se fundamenta en la desconsideración de conocimientos técnicos, profesionales o empresariales en el desempeño de su actividad y atenemos al concepto de ordenado empresario que nos ofrece en el art. 225.1 de la Ley 1/2010 de Sociedades de Capital, referido al deber general de diligencia: “Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos”. Debiendo considerar que el significado de diligencia será diferente en función de cada sector del tráfico, ya que no representará lo mismo para el empresario del sector bancario que el del sector de las franquicias.

consecuencias del incumplimiento de este deber esencial de información, que recordemos se limita a una sanción administrativa de carácter leve, entrando en contradicción con lo previsto en el art. 65 LOCM que lo considera como “falta grave”. Nótese que el incumplimiento de este deber podrá alentar al franquiciado a efectuar una inadecuada contratación que, en última instancia, le puede acarrear la pérdida de todo el capital invertido en el desarrollo de la franquicia, capital que no recuperará y que puede tener su origen en sus propios ahorros y en la financiación externa, por lo general proveniente de las entidades de crédito, quedando agravada su situación económica y por ende, su capacidad de pago y de crédito.

### **2.1.2 EL RD 201/2010 DE 26 DE FEBRERO**

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, derogó el RD 2485/98, que desarrollaba el art. 62 de la Ley 7/96, de 17 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, en relación con la regulación en él contenida sobre el régimen de franquicia. En cuanto a su contenido normativo, se define lo que se entiende por actividad comercial en régimen de franquicia, la información precontractual a suministrar por el franquiciador, el deber de confidencialidad y el Registro de Franquiciadores (actualmente derogado).

Así pues, en su art. 3<sup>355</sup>, se establece el deber que tiene el franquiciador de entregar la información precontractual en el plazo de 20 días hábiles anteriores a la firma del contrato

---

<sup>355</sup> Art 3 RD 201/2010. “Con una antelación mínima de veinte días hábiles a la firma del contrato o precontrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador o franquiciado principal deberá dar por escrito al potencial franquiciado la siguiente información veraz y no engañosa”:

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

o precontrato y a la entrega de cualquier cantidad de dinero, precisando que dicha información tiene que ser por “escrito” y, además, “veraz” y “no engañosa”.

No cabe desconocer, como venimos señalando que, a través de la información precontractual, el legislador, recogiendo uno de los principios que rige el Código Deontológico de la Franquicia, pretende dar protección a la parte más débil de la relación contractual, entendiendo que esta recae sobre el franquiciado, reconociendo la escasa capacidad de negociación del franquiciado que en determinadas ocasiones incluso cabrá estimarla como prácticamente nula.

---

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

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

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

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

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

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



En una reforma posterior a la promulgación del RD, en relación con el periodo temporal para la entrega de la información, se introdujo la locución “días hábiles”, con la finalidad de dar un mayor plazo de tiempo al franquiciado y así estar en mejores condiciones para conocer y analizar la veracidad de la información suministrada por el franquiciador.

Con la inclusión de la expresión “veraz y no engañosa”, entiendo que el legislador se está refiriendo fundamentalmente a la información de índole económica y financiera. De este modo, constituye un mal indicio de actuación, aquella situación que acontece cuando el franquiciador está informando, con argumentos numéricos, sobre la solvencia y rentabilidad de su negocio y, por otra parte, resulta que de los documentos de naturaleza contable depositados en el Registro Mercantil nos indican justamente lo contrario de lo manifestado por el franquiciador. Ante esta realidad que en la praxis acontece en más supuestos de lo sería deseable, es altamente aconsejable que el franquiciado acceda, además de a la información facilitada por el Registro Mercantil, a otras fuentes de información, como pueden ser las procedentes de otros registros oficiales: el Registro de la Propiedad, el Registro de la Oficina de Patentes y Marcas, etc. Actuando de esta forma, el franquiciado obtendrá información adicional que le ha de permitir complementar y corroborar la información recibida por el franquiciador.

Sentado lo anterior, no cabe olvidar otra función que puede ser esencial en el futuro devenir de las relaciones empresariales de las partes contratantes, en concreto, en supuestos de surgimiento de conflictos. En efecto, la información obtenida podrá ser utilizada a efectos probatorios en caso de llegar a plantearse un litigio por incumplimiento del deber de información del franquiciador, a la vez que le permitirá acreditar al franquiciado ante los tribunales que ha actuado con el nivel de diligencia propio de un “ordenado comerciante”.

Por otro lado, el RD 201/2010, menciona en su apartado e) que “en el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado de previsiones de cifras de ventas o de resultados de explotación del negocio, estas deberán estar basadas en experiencias o estudios que estén suficientemente fundamentados”. Con esta norma, se pretende proteger a los franquiciados de aquellos franquiciadores engañosos o fraudulentos. Los números entregados deben estar basados en establecimientos franquiciados de la cadena reales o

propiedad de la empresa franquiciadora. Así lo considera también BURGOS PAVON<sup>356</sup>, señalando que “es evidente que el legislador pretende proteger a los inversores de engañosos y encantadores de serpientes que venden los encantos de su empresa sin apoyos documentales claros. Para ello el umbral de rentabilidad de la franquicia es clave.”

Regula también aspectos como los datos del franquiciador, titularidad de la marca, descripción del sector, experiencia de la central franquiciadora, contenido y características de la franquicia, estructura y extensión de la red y finalmente, en su apartado g), describe las partes esenciales del futuro contrato; aunque lo deseable hubiera sido que se obligara a entregar el texto completo de un contrato tipo o estándar, ya que como venimos reiterando, en la praxis se constata en numerosos supuestos que la capacidad de negociación del franquiciado y, por ende, de llegar a modificar el contenido de las cláusulas es muy escasa e incluso nula. De otra parte, también merece ser destacado que, a diferencia de lo previsto en de otros ordenamientos jurídicos como el de EEUU<sup>357</sup>, el RD 201/2010 no hace ninguna mención a que la información precontractual una vez entregada deba ser actualizada en algún momento antes de la firma del contrato. Ante la ausencia de pronunciamiento normativo sobre este extremo, se crea una zona de inseguridad jurídica que podría haberse evitado dando contenido legal a un deber a cargo del franquiciador consistente en actualizar toda la información entregada al franquiciado con anterioridad a la firma del contrato.

En este mismo orden de cosas, desde la perspectiva tuitiva del franquiciado, cabe valorar que la información legalmente requerida al franquiciador es francamente insuficiente, máxime cuando se pretende evitar, en la medida de lo posible el riesgo del denominado “fraude de la franquicia”, o de que surjan situaciones de conflicto *inter partes* que aboquen a la parte perjudicada a la solicitud de amparo judicial.

---

<sup>356</sup> BURGOS PAVÓN, G., Y FERNÁNDEZ IGLESIAS, M. S. (2010). “La franquicia: Tratado...”. Op. Cit. Págs.152-153.

<sup>357</sup> Section 436.7: Updating Requirements de la 16 CFR Parts 436 and 437 Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunities; Final Rule, de la Federal Trade Commision (Ley de la Franquicia).

### 2.1.3 LA PROPUESTA DE MODERNIZACION DEL CÓDIGO CIVIL

En el ámbito del derecho interno español actualmente existen dos propuestas relevantes en relación con la modernización del derecho de obligaciones y contratos, que podrían aportar una nueva y muy interesante normativa en materia de contratación, dado que serían de gran utilidad para regular aspectos concretos del contrato de franquicia.

Una es la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (PMCC), elaborada por la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia y publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia en enero 2009 y la otra es la elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil de Mayo del 2016, que tomó como base la regulación contenida en el citado Anteproyecto.

Los miembros de la Comisión General de Codificación que elaboraron la propuesta perseguían con ello una doble finalidad: establecer las reglas que resultasen más acordes con las necesidades más urgentes actuales en relación con esta materia y la mayor aproximación posible del derecho español a los ordenamientos jurídicos europeos. En Francia, por ejemplo, el nuevo derecho de obligaciones y contratos entró en vigor en 2016.

Según la Comisión de Codificación, las fuentes que se tomaron en consideración para la elaboración del Anteproyecto de ley fueron: a) La Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980; b) Los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL); c) Los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (DFCR/MCR); y d) El BGB alemán, reformado en 2001 por la ley de Modernización del Derecho de obligaciones.

El Capítulo II de la PMCC, se refiere a la formación del contrato y la Sección Primera a “las negociaciones”. Dentro de esta Sección, sorpresivamente, no hay ningún precepto dedicado al derecho o deber de información, sin embargo, en el art. 1245.2 PMCC, se menciona que “en la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo

con las exigencias de la buena fe”. Pudiéndose entender incluido, por tanto, en dicho artículo un deber/derecho de información fundamentado en el principio general de la buena fe. Y, en el apartado 5, se hace referencia a los remedios en el supuesto de incumplimiento de los apartados anteriores, refiriéndose a una indemnización por daños y perjuicios, manifestando que “la “infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios”.

Sin embargo, la propuesta elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil va más allá y en su Capítulo II que también trata de la “Formación del contrato” y, concretamente, en su art. 522.1, que trata la buena fe en la negociación de los contratos, establece un deber general, según el cual “las partes deben comportarse de conformidad a las exigencias de la buena fe”. Y en el apartado 1.a) de este mismo precepto se concreta un deber de información bilateral, cuando declara “Y en particular deben: Informarse recíprocamente sobre las características de los bienes o servicios que puedan ser objeto del futuro contrato y sobre las circunstancias de este, en “especial” sobre la incorporación de condiciones generales de la contratación”.

Por otro lado, el Título X, que trata de los Contratos de Distribución, en su art. 5101-1 5 g) incorpora los contratos de franquicia como modalidad de los de distribución. Debemos destacar que el art. 5101-2<sup>358</sup> los define como contratos de colaboración, cuyas partes gozan de independencia económica, estando la negociación del contrato presidida por el principio de la buena fe. El art. 5102-1<sup>359</sup>, que regula el deber de información en la fase precontractual y, en relación con los contratos de distribución, destacando que las partes

---

<sup>358</sup> Art. 5101-2 “Principios rectores y naturaleza de las normas. 1. Los contratos de distribución son contratos de colaboración activa y leal en interés común de los contratantes, celebrados entre partes dotadas de plena igualdad jurídica e independencia económica, y su negociación, interpretación y ejecución descansan de manera especial en la buena fe”.

<sup>359</sup> Art. 5102-1 “Tratos preliminares y deber general de información precontractual”:  
“En el desarrollo de la negociación dirigida a la conclusión de un contrato de distribución las partes deben comportarse de conformidad con las exigencias de la buena fe, y deben ofrecer, con una antelación razonable a la manifestación del consentimiento, la información que, de acuerdo con las buenas prácticas comerciales, sea suficiente para permitir que la otra u otras partes puedan decidir acerca de la celebración del contrato de distribución y de los términos del mismo con razonable conocimiento de las circunstancias normalmente relevantes en el tráfico. Esta disposición tiene carácter imperativo en favor de la parte que deba recibir la información, y no puede, en perjuicio de ella, excluirse, modificarse o alterarse”.

deberán actuar de acuerdo con el principio de la buena fe, para que las partes puedan “decidir acerca de la celebración del contrato de distribución y de los términos del mismo con razonable conocimiento de las circunstancias normalmente relevantes en el tráfico”. Y el art. 5102-2 hace una descripción detallada de la información a facilitarse.

Las fuentes que principalmente utilizó la Asociación de Profesores, para la confección del mencionado documento, fueron las siguientes:

- a- La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (PMCC).
- b- El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (APLCM).
- c- Los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL).
- d- El Marco Común de Referencia (MCR/DCFR),
- e- El Proyecto Gandolfi o de Pavía sobre un Código Europeo de Contratos.

A diferencia del texto normativo elaborado por la Comisión de Codificación, la propuesta de la Asociación de Profesores desarrolla una regulación del contrato de distribución y del contrato de franquicia como una modalidad del primero. Destacando un deber de información bilateral, para este tipo de contratos, presidido por el principio de la buena fe.

Su preocupación por el resultado de las fuertes asimetrías de poder que se dan en cierto tipo de contratos como los de franquicia viene reflejada en el art. 522.1ª) cuando se obliga a informar específicamente sobre la incorporación de Condiciones Generales de la Contratación en los contratos en general.

Así pues, las PMCC de la Comisión de Codificación y las de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, aportan interesantes novedades que afectan al deber de información precontractual de las partes del contrato de franquicias; si bien, a nuestro entender, la propuesta de la Asociación de Profesores es más completa y avanzada según las orientaciones normativas del *soft law* contractual y, en particular, en lo referido al contrato de distribución y de franquicia que acertadamente le otorga una regulación especificativa.

## **2.1.4 EL ANTEPROYECTO DE LEY PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL**

### **A- CONSIDERACIONES GENERALES**

Después de muchos años de reivindicación por parte de muchos sectores relacionados con el ámbito de la distribución comercial, de una regulación jurídica de los contratos de distribución y, entre estos, del contrato de franquicia, finalmente está ya en tramitación parlamentaria el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, que desarrolla una normativa referente a los contratos de distribución, figurando el contrato de franquicia como una modalidad de estos.

Documento que fue publicado el 18 de marzo de 2018, por la Comisión General de Codificación, Sección Segunda, de Derecho Mercantil, del Ministerio de Justicia. En el nuevo Código, los contratos de distribución y de franquicia se enmarcan dentro del ámbito más general de los contratos de colaboración, siendo aquellos a través de los cuales, según la Exposición de Motivos “se posibilita la cooperación entre empresarios de manera que unos se sirven del auxilio de los otros para poder realizar de manera más eficiente determinados negocios”.

En la Exposición de Motivos del APLCM se menciona también que, en la parte referida a los contratos mercantiles, “se regulan solamente las cuestiones fundamentales, siguiendo básicamente los trabajos de UNIDROIT Y UNCITRAL”.

La Propuesta de Código Mercantil viene a definir de forma amplia o general los contratos de distribución<sup>360</sup>, señalando, al mismo tiempo, los principales tipos o modalidades de contratos de distribución existentes para los que se establecen unas normas concretas, en atención a sus propias particularidades, como es el caso del contrato de franquicia. Y

---

<sup>360</sup> ALONSO SOTO, R. (2012). Bases para una futura regulación de los contratos de distribución. En *Reforma de los contratos de distribución comercial*. Pág. 55. Según el autor, “otra opción posible consistía en definir los diferentes tipos de contratos de distribución, estableciendo el régimen jurídico para cada uno de ellos, o por el contrario no referirse a las diferentes modalidades de contratos de distribución, estableciendo un régimen jurídico general aplicable a todos ellos”.

siéndoles aplicables en lo demás, la regulación general de este tipo de contratos, sin perjuicio de la aplicación subsidiaria de las normas generales relativas a los contratos, que también están recogidas en la propuesta de Código Mercantil.

Lo que permite afirmar que el régimen jurídico de los contratos de distribución y, por consiguiente, de los de franquicia, está contenido no solo en los preceptos referidos a los contratos de distribución, sino que dentro del APLCM se complementó con aspectos tan esenciales como la resolución por incumplimiento contractual o condiciones generales de la contratación, entre otros.

Debemos poner en evidencia que no se haga referencia a los contratos de franquicia industrial, tal como se hace en la mayoría de los ordenamientos europeos que, si bien es cierto que por el número de contratos existentes en la UE es muy inferior a los comerciales, el volumen de negocio que se corresponde con cada uno de ellos es muy relevante.

## **B- LA INCORPORACIÓN DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN**

El 7 de noviembre del 2006, el Ministerio de Justicia encargo a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación, la elaboración de un nuevo Código Mercantil.

El 20 de junio del 2013, la Comisión General de Codificación, propone al Ministerio de Justicia, un primer texto del nuevo Código Mercantil, en cuyo contenido se encuentra una regulación sobre los contratos de distribución, formando parte de esta modalidad contractual el contrato de franquicia.

El 30 de mayo del 2014, el Gobierno aprueba el Anteproyecto de Ley del nuevo Código Mercantil. Pero, por sorpresa y sin argumentación alguna, desaparecen los contratos de distribución y, como consecuencia, también todo lo relativo al contrato de franquicia y su

regulación, con motivo de la alegación del Comité de Expertos de la Asociación Española de Franquiciadores, interesada en mantener la situación de la normativa vigente<sup>361</sup>.

El 21 de enero del 2015 el Consejo de Estado emite un Dictamen en relación con el APLCM, en el que, entre otras cosas, denuncia la desaparición de la regulación sobre el contrato de distribución.

El 8 de marzo del 2018 la Comisión General de Codificación, Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Ministerio de Justicia publica la propuesta de Texto Refundido del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, que actualmente está en trámite parlamentario.

A destacar lo siguiente:

En esta última versión del texto legal y, recogiendo la sugerencia del Consejo de Estado, se incorporan de nuevo los contratos de distribución, incluyendo el contrato de franquicia. Así las cosas, consideramos que fue una decisión acertada dicha inclusión, aunque esta se hubiese producido a consecuencia de una llamada de atención del Consejo de Estado y como consecuencia de todo ello el APLCM se haya demorado cuatro años más.

Se establece el principio de independencia económica y de autonomía jurídica entre proveedor y distribuidor.

Y, en lo referente al deber de información precontractual, este es común para todos los contratos de distribución, dejando de ser una norma específica de este tipo de contratos de franquicia.

---

<sup>361</sup> Informe Comité de Expertos de la AEF. SÁNCHEZ SOLE, S. presentando el artículo de Garrigues. “El efímero paso de los contratos de distribución por el Código Mercantil”. Págs. 17-18. Donde los autores tratan la inclusión de los contratos de distribución y el de franquicia como parte de ellos, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de la siguiente manera: “La tradicional atipicidad de los contratos de distribución en nuestro derecho se vio amenazada durante un tiempo por la inclusión de un capítulo entero dedicado a estos contratos”.



## C- EL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

Así pues, para encontrar la regulación referida al deber de información en el ámbito de la franquicia contenida en el APLCM, deberemos acudir a las normas generales de los contratos de distribución.

Exige esta normativa el compromiso de que esta información sea “fundada, veraz y no engañosa”, previendo una eventual responsabilidad por los daños y perjuicios causados en caso de que el contrato no llegara a formalizarse y una de las partes hubiere incumplido el deber de información.

Por otro lado, incluye también en la fase preparatoria, el deber de confidencialidad sobre la información reservada que reciba de la otra parte, aunque no se llegara a celebrar el contrato y la previsión de una eventual responsabilidad derivada de la infracción de dicha obligación.

En el art. 545-6<sup>362</sup> del APLCM que regula la información precontractual de los contratos de distribución y, entre ellos, los de franquicia, se hace referencia a un deber de

---

<sup>362</sup> Artículo 545-6. Información precontractual.

“1. Las partes deberán entregarse con una antelación mínima de un mes a la fecha de celebración del contrato toda la información relativa a la modalidad contractual elegida, que sea necesaria para que puedan obligarse con conocimiento de causa”.

“En particular, facilitarán la siguiente información: a) La identificación de los contratantes y los datos económicos y jurídicos de sus establecimientos mercantiles; b) Las características de la actividad de distribución, titularidad de los signos distintivos y estructura y extensión de la red de distribución en España; c) Los elementos y contenido esenciales del contrato y, en particular, los derechos y obligaciones de las partes, los pactos de exclusividad, las restricciones impuestas a la actividad del distribuidor, la duración del contrato, las causas y condiciones de resolución y los efectos de la extinción del contrato”.

“2. La información a que se refiere el párrafo anterior estará fundada y deberá ser veraz y no engañosa no siendo necesario que comprenda la relación pormenorizada de clientes ni las condiciones comerciales aplicables a cada uno de ellos”.

“3. Las partes deberán mantener una absoluta confidencialidad sobre la información recibida, aún en el caso de que no llegara a celebrarse el contrato”.

“4. Cuando se exija a una de las partes la entrega de una cantidad de dinero antes de la firma del contrato para integrarse en la red u obtener la reserva de una zona, deberán precisarse por escrito las prestaciones garantizadas como contrapartida, así como las obligaciones recíprocas de las partes en caso de que no llegara a celebrarse el contrato”.

información de “las partes”, mientras que la Ley 7/1996 OCM y el RD 201/2010 solo hacen referencia a un deber para los franquiciadores. Estamos ante una notable mejora respecto de la normativa vigente, ya que ambas partes incurren en riesgos en esta etapa previa a la formalización del contrato. En este sentido se ha pronunciado ECHEVARRIA SÁENZ<sup>363</sup>, señalando que dicho precepto establece “un deber de recíproca información precontractual como principio derivado de la buena fe que debe presidir cualquier tipo de relación precontractual”.

En dicho art. 545-6 c), se hace una descripción detallada de la información que las partes deberán entregarse mutuamente. Una relación de documentos, que consideramos excesivamente corta. Además, se obliga a la entrega de los elementos esenciales del contrato por la parte que redacte el contrato (que prácticamente siempre es el franquiciador), sin mencionar, por ejemplo, las condiciones generales de la contratación que este incorpore, si bien, lo deseable hubiera sido prever la obligación de entrega de un contrato estándar por parte del franquiciador, dado que los franquiciadores siempre parten de un contrato estándar preexistente que en algunos casos se podrá negociar y en otros no.

A mi juicio, es criticable que el APLCM solamente regule de forma explícita el principio de la buena fe en la fase contractual y omita referencia alguna en la fase de formación del contrato.

A diferencia del art. 62 LOCM, en esta regulación no se exige que la entrega de la referida información precontractual se haga de forma escrita. Hubiera sido deseable que se hubiera

---

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

<sup>363</sup> ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A. (2012). “Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución. Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución. Núm. 10. Cit. Pág. 12.

previsto esta exigencia formal ya que constituye una garantía de seguridad jurídica en este proceso precontractual.

Por otro lado, este deber de información redactado para una consideración amplia de los contratos de distribución no está contemplando las diferentes formas jurídicas de integración vertical que pueden darse en este tipo de contratos, dado que, por ejemplo, al igual que en la anterior versión de la norma legal, siguen excluidos de esta regulación los contratos de franquicia industrial.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 545.6.1 APLCM la antelación con la que debe entregarse tal información es de un mínimo de 30 días, mientras que en el actual art. 62 LOCM este plazo es tan solo de 20 días. De tal forma que se da un mayor margen temporal a las partes para poder utilizar dicha información, lo que redunda también en una mayor seguridad jurídica en el tráfico mercantil.

En el art. 545.6.3 APLCM se regula el deber de confidencialidad respecto de la información precontractual recibida, incluso en el caso de que no llegara a celebrarse el contrato, mientras que en el RD 01/2010 el deber de confidencialidad se considera debido solo en el caso de celebrarse el contrato.

En relación con el resarcimiento por incumplimiento del deber de información, establece el art. 545.6.5 APLCM que “en el caso de que el contrato no llegara a celebrarse, la parte que hubiere incumplido el deber de información establecido en este precepto responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte como consecuencia de dicho incumplimiento”.

Respecto del contrato de franquicia en particular, el APLCM también aporta interesantes propuestas en relación con la regulación del deber de información precontractual.

Para concluir, debemos manifestar que el APLCM aporta una nueva e interesante regulación sobre los contratos de distribución y, en particular, del de franquicia, comportando un notable avance en la codificación de muchos aspectos de la fase precontractual, contractual y post contractual que hasta la fecha y mientras no entre en vigor esta normativa, son resueltos por los tribunales, aplicando los principios y normas

del Código Civil, de la jurisprudencia, de la normativa de contratos afines y del *soft law* de la contratación europea e internacional

## 2.2 LA BUENA FE Y EL DEBER DE INFORMACIÓN

La ley nacional no exige de forma expresa el deber de informar, a excepción de determinados casos, por el hecho de haberse creado una legítima confianza entre las partes, como sería el caso del contrato de franquicia. Una confianza que se genera a través de los tratos y que puede inducir a pensar que la contraparte retiene información relevante para la formación de su voluntad contractual. En este caso, si surge una obligación de información, fundamentada en el principio de la buena fe del art. 7 CC.

La STS nº3214/2016 de 11 de julio de 2007 (Id. Cendoj: 28079110012016100455), determinó que el dolo por omisión puede existir también “en el deber de informar que exige la buena fe, de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico”.

Coinciden con esta tesis DE LA MAZA GAZMURI y CASTRO Y BRAVO<sup>364</sup>, manifestando que “en el caso español a falta de una regla explícita o del acuerdo de las partes, suele considerarse que la fuente normativa del deber de informar son las exigencias de la buena fe, aunque se debería ver en cada caso concreto cuáles son las exigencias de la buena fe. La buena fe obligaría a las dos partes a no ocultar a la otra ninguna circunstancia que pudiese interesarle”. En este sentido, se ha pronunciado la STS nº609/2014 de 11 de noviembre<sup>365</sup>.

---

<sup>364</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I. (2007). Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007. *ADC, T. LX-IV*, pág. 1864. CASTRO Y BRAVO, F. (1985). “*El negocio jurídico*”. *Op. Cit.*. Pág. 112.

<sup>365</sup> STS nº609/2014 de 11 de noviembre (ROJ: STS 5407/2014; Id. Cendoj: 228079110012014100683); Recurso: 685/2012; Ponente: Sebastián Sastre Papiol; Fundamento de Derecho Quinto:

“El patrón de conducta que exige el ordenamiento societario, se corresponde al modelo de “un ordenado empresario” (art. 225.1 LSC) que supone entre otros deberes, el de lealtad y el de fidelidad (art. 226 LSC) como estándar del “representante leal”.

En el ámbito de la franquicia, el principio de la buena fe obliga a las partes a comunicarse las circunstancias desconocidas por la otra parte y que pueden ser críticas para la formación de la voluntad contractual y la prestación del consentimiento. Pero, por otro lado, conforme al principio de autorresponsabilidad, se espera que ambos empleen una diligencia media o, en el caso de persona jurídica, la diligencia que se espera de un ordenado empresario, de acuerdo con el art. 225.1 LSC, para buscar y conseguir aquella información que precisa la parte para conformar su voluntad.

En relación con los límites del principio de autorresponsabilidad, GÓMEZ CALLE<sup>366</sup> resalta la duda de “si el franquiciador debería informar de aquello que el franquiciado desconoce, y que es de su interés, pero que está fuera del alcance del objeto del contrato, tratándose de dónde poner la línea que separa el deber de informar y el principio de autorresponsabilidad”.

Estimamos que el orden de exigibilidad de la información precontractual de un contrato de franquicia deberá establecerse por el siguiente orden de prevalencia: en primer lugar, por lo que establece la norma especial, en segundo lugar, por la diligencia debida con base en la cualificación de las partes y, finalmente, por el principio de la buena fe presente en todas las actuaciones de las partes.

La extensión y contenido del deber de informar dependerá de diferentes circunstancias, como la complejidad del negocio, el destinatario y el emisor de la información. Así pues, cada parte debe ocuparse de recopilar aquella información necesaria relativa al negocio que pretende celebrar. De todas formas, si las partes proporcionan una información no veraz e incompleta, será normalmente para inducir a contratar y no para romper unas negociaciones, por lo que, la infracción del deber de información adquirirá relevancia cuando el contrato se concluya, dando lugar a su anulación por error o por dolo.

---

<sup>366</sup> GÓMEZ CALLE, E. (1994). “*Los deberes precontractuales...*”. *Op. Cit.* Pág. 85.

La SAP de Madrid nº12/2006, de 10 enero<sup>367</sup> nos muestra un ejemplo del suministro de información financiera del futuro establecimiento, si bien, aunque no se correspondiese con la realidad al tratarse de estimaciones, consideró el Tribunal que no había habido mala fe y, más aún, cuando el franquiciado podía haber calculado por sus propios medios tal información.

En este mismo sentido, la SAP de Barcelona nº2/2019 de 11 de enero<sup>368</sup> relaciona el error excusable con los principios de autorresponsabilidad y de buena fe, introduciendo el concepto de “diligencia media o regular” que se espera del que exige la información pero que, dadas sus características personales, podía habérsela procurado por sus propios medios.

### **2.3 EL CÓDIGO DEONTOLÓGICO EUROPEO DE LA FRANQUICIA**

---

<sup>367</sup> SAP de Madrid nº12/2006, de 10 enero 2006 (ROJ: SAP M 3/2006; Id. Cendoj: 28079370142006100001). Recurso: 207/2005; Ponente: Amparo Camazón Linacero. Fundamento de Derecho Segundo:

“(…) Y, con carácter previo al contrato, la franquiciadora debía dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista y 3 del RD 2485/1998, debiendo observar la franquiciadora una conducta de buena fe en los tratos preliminares”.

“...pero sin que la información ofrecida pretendiese dar certeza de los ingresos reales en la nueva franquicia, no existiendo mala fe o negligencia al informar la demandada, máxime cuando bien pudo efectuar la actora los cálculos precisos antes de celebrar el contrato”.

<sup>368</sup> SAP de Barcelona nº2/2019 de 11 de enero (ROJ: SAP B 51/2019; Id. Cendoj: 08019370132019100004). Recurso: 1063/2017; Ponente: Juan Bautista Cremades Morant. Fundamento de Derecho Quinto:

“Ha de ser un error excusable o no imputable al contratante que lo ha sufrido, lo que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe ex art. 7 (el error es inexcusable cuando hubiera podido ser evitado empleando una normal diligencia, media o regular, a valorar con base en las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales de ambos contratantes, SSTs 4.1.1982, 7.11.1986, 17.5.1988, 13.5.1991, 28.9.1996, 21.5.1997, 6.2.1998, 30.9.1999, 12.11.2004, 11.12.2006, 13.2.2007, 21.5.2007...)”.

Si bien en el Código Deontológico se define un deber de información para ambas partes, el contenido de este es excesivamente abierto, ya que su concreción se limita a *“las características de los bienes y servicios que puedan ser objeto del futuro contrato”*.

En lo referido al contenido a la fase precontractual hay que mencionar que el Código establece un deber de información muy limitado para el franquiciador, concretado en el literal del art. 3.4 CDEF, que reza *“El potencial franquiciado es responsable de analizar cuidadosamente todo el material informativo entregado relativo a la relación de franquicia con el fin de integrarlo en el proyecto empresarial del que es responsable”*, limitándose a una información que el franquiciador entrega al franquiciado para ser posteriormente integrada al “proyecto empresarial”, pudiéndose llegar a interpretar que se trata del *know how* transferido, que podría ser entregado tanto en fase precontractual como contractual.

Por otro lado, en su art. 3.5, tomando en consideración la tutela que entiende también merece el franquiciador, impone al franquiciado un deber de informar ético sobre aspectos personales y profesionales de él como candidato a franquiciado, determinando que *“el potencial franquiciado deberá ser serio y transparente en lo referente a la información sobre su experiencia, sus capacidades financieras, su formación y su pasado, a los efectos de su selección por parte del franquiciador”*.

Visto el contenido que el CDEF nos ofrece sobre el deber de información, consideramos que este es excesivamente inconcreto e insuficiente.

## **2.4 EL *SOFT LAW* DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO E INTERNACIONAL**

Los PECL no contemplan un deber de informar de forma específica, estando implícito en el deber general de actuar conforme a la buena fe del art. 1:201 PECL. No obstante, en el clausulado de los PECL se hace mención a la información precontractual que reciben las partes durante las negociaciones, como así se prevé en el deber de confidencialidad del

art. 2:302 PECL<sup>369</sup>, el art. 4:106 referido a la información incorrecta, cuando trata de los vicios en el consentimiento el art. 4:103 PECL referido al error o el art. 4:107 PECL referido al dolo.

En relación con el Proyecto de Pavía, son de destacar los siguientes preceptos: en el art. 7.1 PP se establece para ambas partes y, con carácter general, una obligación de informar durante la fase de tratos preliminares de todas aquellas circunstancias de hecho o de derecho que la contraparte deba conocer para construir su voluntad contractual. Y el art. 8 PP se refiere al deber de uso restringido de las informaciones recibidas consideradas como confidenciales. En caso de infracción de este deber, la parte afectada puede exigir una indemnización por los daños sufridos y obligarle a restituir el beneficio obtenido como consecuencia de haber quebrantado tal deber.

## **A- EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA**

El art. IV.E-2:101, incluido en la Sección 1.a del Capítulo 2 del Libro IV.E (contratos de agencia, franquicia y distribución), determina que la parte que se encuentre negociando uno de estos contratos asumirá el deber de proporcionar a la otra parte, la información suficiente para que pueda decidir sobre una base razonablemente informada si celebra o no dicho contrato. Y ello en un periodo de tiempo razonable antes de la formalización del contrato y en la medida en que se requiera por la buena práctica comercial.

El principio de buena fe y honradez deberá vertebrar todas estas actuaciones o tratos preliminares realizados durante la fase precontractual, imponiendo una serie de deberes típicos en esta fase formativa del contrato, entre los que se encuentra el deber de información previsto en el art. IV.E-2:101, que está conectado con el contenido del art. II-3:101.

---

<sup>369</sup> Art. 2.302 PECL: “violación del deber de confidencialidad: si en el curso de unas negociaciones, una de las partes facilitara a la otra una información confidencial, esta última queda obligada a no revelar la información recibida, ni a utilizarla para sus propios fines, tanto si el contrato queda posteriormente concluido como si no. La inobservancia de este deber puede incluir una compensación por la pérdida sufrida y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte”.



En los contratos *B2B* el deber de información se impone a ambas partes contratantes, de lo que se desprende que este deber no conlleva solamente una finalidad tuitiva basada en la existencia de asimetrías de información o de poder económico de las partes, sino que además promueve condiciones de transparencia y competencia en el mercado, suponiendo en ese caso que las partes que negocian se encuentran en una situación de igualdad.

El deber de información aquí contemplado solo alcanza “las expectativas razonables del destinatario”, cuando la provisión de información se corresponde con la “buena fe comercial”; expresión que se refiere a un modo de conducta de los comerciantes de acuerdo con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de la buena fe en el ámbito de su actividad.

En cuanto al contenido y extensión de este deber, el MCR se limita a exigir que “sea suficiente” para que las partes puedan decidir la celebración del contrato con conocimiento de causa. Lo que hace relevante el sentido que puede darse a la expresión “buenas prácticas comerciales”, ya que es la única referencia que el mencionado precepto da para poder concretar a que tipo de información se está refiriendo.

Por otro lado, conviene destacar que el MCR no fija ningún periodo mínimo de tiempo para suministrar la información.

La sanción que contempla el MCR en relación con el incumplimiento de este deber de información precontractual se circunscribe a la facultad de anular el contrato por error. Así lo determinan los arts. II-7:201, II-7:201, y II-7:201, aplicándose las disposiciones contempladas en el Libro II MCR relativas a este vicio del consentimiento, considerándose la imprecisión en la comunicación como un supuesto de error en el consentimiento.

Ya en el ámbito de la franquicia, el MCR constituye la regulación de *soft law* contractual europeo que contiene un mejor tratamiento jurídico del deber de información, dado que, al carácter de bilateralidad, se suma una detallada relación de documentos que el franquiciador debe entregar al franquiciado. En particular, el art. IV.E-4:102 obliga al franquiciador a que proporcione una determinada información durante la fase precontractual, en relación con determinados aspectos de el mismo y de la franquicia. En

este sentido, PUYALTO FRANCO<sup>370</sup>, refiriéndose a los deberes de información del MCR, manifiesta que “debe tratarse de los derechos de propiedad intelectual, las características del *know how* a transmitir, el sector del negocio a franquiciar y condiciones del mercado, el modelo de franquicia objeto de cesión y su funcionamiento, la estructura y extensión de la red, los *royalties* y cánones a pagar y las cláusulas del contrato”.

El MCR recoge una indemnización por daños y perjuicios a favor del franquiciado en caso de incumplimiento del deber de informar, aun cuando no se exista error en el consentimiento, excepto en caso de que el franquiciador tenga motivos para creer que la información que facilitó era la adecuada o había sido suministrada en un tiempo razonable.

En concreto y respecto de la regulación del deber de información precontractual de la franquicia, el MCR destina el Capítulo 4, estando contenido en los siguientes preceptos:

- a- El art. IVE-4:102 se refiere a la información precontractual, referida únicamente como un deber de la franquiciadora de “proporcionar adecuada y oportunamente información sobre: la empresa del franquiciador y su experiencia, los derechos de propiedad intelectual, las características del *know how*, el sector comercial de que se trate y las condiciones de mercado, el método de franquicia y su funcionamiento, la estructura y el alcance de la red de franquicias, los honorarios, *royalties* y cualquier otro pago periódico y las cláusulas del contrato.

Los elementos esenciales de la franquicia suelen tener un carácter secreto o reservado, por lo que, por norma general, no son conocidos ni accesibles por terceros, razón por la cual, se hace necesaria su divulgación al franquiciado para que llegue a tener conocimiento de los mismos y pueda formarse una idea suficiente de las características del negocio al que pretende incorporarse.

---

<sup>370</sup> PUYALTO FRANCO, M. J; Agencia Comercial, Franquicia y Distribución, en AAVV. (2012). *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia, Tomo II* Coordinadores: Vaquer Aloy, A., Bosch Capdevila, E., Sanchez Gonzalez, M.P. . Págs. 1563 y ss.

Comparando el contenido del MCR con la regulación de nuestro ordenamiento jurídico (art. 62 LOCM y art. 3 del RD 201/2010), las diferencias radican en que en esta última se establece que “la información será veraz y no engañosa” y que “esta información se entregue por escrito con una antelación de veinte días hábiles a la firma de contrato o precontrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago”. Requisitos que no se encuentran en el MCR, pero que están muy en consonancia con el contenido de la Ley Modelo UNIDROIT; los cuales, cumplen una función tuitiva importante en favor de quien ha de recibir la información, extremo que nuestro legislador en su momento sabiamente consideró y cuya ausencia representa un punto débil del MCR.

- b- El art. IVE-4:103, referido a Cooperación determina que las partes no podrán excluir la aplicación del contenido.

## **B- LA LEY MODELO UNIDROIT**

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT) es una organización internacional, constituida por 58 estados miembros. Su finalidad es promover la unificación del derecho privado entre las naciones.

En septiembre del 2002, el Comité de expertos gubernamentales remitió al Consejo de Gobierno de UNIDROIT el documento final de Ley Modelo sobre la transparencia en materia de franquicia, relativa al deber y derecho de información durante la fase precontractual o de tratos preliminares. Considerándose a tal efecto que este es uno de los temas que más conflictos han de dirimir los tribunales nacionales en materia de franquicia.

En este sentido, conviene advertir que el Preámbulo de la Ley Modelo señaló que “*los potenciales inversores pueden prevenirse mejor contra el fraude si tienen acceso a una*

*información relevante y veraz antes de expresar su consentimiento a un contrato de franquicia*<sup>371</sup>.

La Ley Modelo forma parte del denominado *soft law*, que a pesar de que sus disposiciones carecen de carácter vinculante, poseen el valor que en otras épocas tuvo el *ius mercatorum* y que, actualmente, se denomina *nuevo ius mercatorum*.

El proyecto inicial de Ley Modelo era más ambicioso, contemplaba una regulación integral sobre el contrato de franquicia. Ante la dificultad de concebir normas comunes sobre las relaciones entre las partes debido a la gran variedad de relaciones tejidas en el ámbito de la franquicia se desistió de tal objetivo, centrando su trabajo en el concepto de la divulgación. Así lo describe ROITMAN<sup>372</sup>, quien además añade que “el desarrollo de la franquicia en el mundo, dadas sus peculiaridades, es fuente de fraudes que la Ley Modelo intenta frenar. Considerando la Ley Modelo un equilibrio entre el deber de informar por parte del franquiciador y el deber de confidencialidad por la información recibida por parte del franquiciado.”

Así pues, se destacó como elemento de esencial de tal regulación, lo relacionado con el suministro de información que el franquiciador debe transmitir en la fase precontractual al franquiciado, considerado como la parte débil en la relación contractual de este tipo de contratos.

Esta Ley es aplicable tanto para las franquicias nacionales como internacionales, así como a los distintos tipos de franquicias, incluidas las máster franquicias y puede ser aplicada también a cualquier nueva forma de franquicia que pueda desarrollarse en el futuro.

La Ley se compone de 10 artículos y no contempla la obligación de informar del franquiciado, estando únicamente obligado el franquiciador, remarcando en este punto al

---

<sup>371</sup> Versión española de la “Ley Modelo UNIDROIT”. (2017). *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*. Recuperado el 23 de enero de 2019, de <https://www.unidroit.org/spanish/modellaws/2002franchise/2002modellaw-s.PDF>

<sup>372</sup> ROITMAN, H. (2005). *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pág.428.

primero como la parte débil a proteger en la relación contractual. Sus disposiciones más relevantes son: :

- a) El art. 1 establece su ámbito de aplicación territorial. Concebido para aplicarse a las franquicias de todo tipo, tanto nacionales como internacionales, presentes y futuras, pero solo en los países que han adoptado La ley Modelo, dejando al legislador nacional que pueda acotar dicho ámbito.
- b) El art. 3 se refiere a la entrega del documento de información, que deberá ser por escrito, estableciendo un plazo de una antelación mínima 14 días a la formalización del contrato. En relación con dicha información precontractual, se puede considerar como condición previa, la firma de un documento de confidencialidad. Se exige la actualización de la información entregada al final de cada ejercicio fiscal.
- c) El art. 4 regula la presentación del documento. Deberá ser por escrito y con la forma que el franquiciador considere conveniente, a condición de que se trate de un único documento.
- d) El art. 5 enumera los casos en los cuales se exime al franquiciador de la obligación de transparencia. Aunque se considerase como objetivo de la divulgación de la información como precontractual, el “permitir a un potencial franquiciado decidir si acepta o no la franquicia con conocimiento de causa”, se contempla la posibilidad de excluir el deber de informar cuando el futuro franquiciado hubiera ocupado un puesto directivo en la empresa franquiciadora o en el supuesto de cesión de un contrato existente en el que el franquiciado hubiera estado relacionado.
- e) El art. 6 constituye la clave de la Ley Modelo ya que enumera un número importante de elementos de que constará la información que el franquiciador deberá proporcionar al futuro franquiciado, considerándose la posibilidad de que el franquiciador transmita solo una parte de la información requerida, caso en el que tal conducta podría generar un supuesto de inducción a error en el

consentimiento, con la generación de la correspondiente responsabilidad del franquiciador. Se divide la información a suministrar en dos categorías: la primera, se refiere a aquella que en general no se incluye en el contrato de franquicia, la relativa a datos del franquiciador, de la red de la franquicia, pero no a los derechos y obligaciones del contrato; la segunda categoría no se exigiría y sería la referida a la información normalmente contenida en el futuro contrato de franquicia<sup>373</sup>.

---

<sup>373</sup> El conjunto de ambos apartados exige al franquiciador que proporcione información sobre todos los elementos de que se compone la franquicia, en concreto y entre otros:

- a- Información relacionada con las marcas y otros DPI, el rol de dirección que va a ejercer el franquiciador y los derechos y las obligaciones de las partes, además de cualquier otra información que pueda necesitar un futuro franquiciado para tomar poder formar su voluntad contractual.
- b- Información sobre la razón social y sede social e información financiera auditada o verificadas independientemente de otro modo. Balances y cuentas de resultados de los tres últimos años del franquiciador para que, el franquiciado pueda evaluar la solvencia financiera de este.
- c- Información sobre las marcas, nombres comerciales y otros elementos de propiedad intelectual que va a utilizar el franquiciado, con los datos del titular del derecho, justificación de la inscripción y detalle de procedimientos judiciales en marcha si los hubiere.
- d- Deberá aportar también una descripción de la franquicia a explotar por el futuro franquiciado, una descripción de la red con la antigüedad y dirección, bajas de los establecimientos franquiciados, así como un detalle de los cargos relevantes encargados de la gestión de la empresa franquiciadora.
- e- Deberá informar también sobre los productos homologados que el franquiciado estará obligado a comprar directamente a través de los proveedores del franquiciador, así como la política de precios, descuentos, devoluciones etc.
- f- Es de destacar, el hecho de que se impone el deber de informar sobre las condenas por parte de los Tribunales en materia civil, penal, así como y en procedimientos arbitrales contra el franquiciador y sus franquiciados, así como aquellos litigios arbitrales que se encuentren en curso contra el franquiciado, por fraude o inducción a error u otro comportamiento de características similares.
- g- Debe informar también de si el franquiciador ha estado sometido a algún procedimiento de insolvencia o concursal durante los últimos cinco años.
- h- Debe aportar también una “estimación del importe total de la inversión inicial y una estimación razonable de los costes en función de la experiencia de que disponga, sin

- f) El art. 8 está relacionado con las posibles acciones que tiene a su alcance el franquiciado para ejercer en casos de incumplimiento del deber de información del franquiciador, o que tal información no sea suministrada dentro del plazo establecido, o que se incurra en omisión de un dato esencial. Además, se establecen plazos para el ejercicio de tales acciones y para poder reclamar las correspondientes indemnizaciones.
  
- g) El art. 10 regula la renuncia de contrato. Incluye las causas de rescisión del contrato y sus consecuencias para el franquiciado, además de lo referido a la no competencia, una vez resuelto este. En este sentido, conviene precisar que se considera nula la renuncia por parte del futuro franquiciado a este derecho de información<sup>374</sup>.

## 2.5 DERECHO COMPARADO

En derecho comparado, el país en el que encontramos una regulación sobre el deber de información del franquiciador más completa y contrastada a través de su aplicación durante más de 42 años en el ámbito de la franquicia, es EEUU. Regulación que fue aprobada a través de la *FTC Rule* de 21 de diciembre de 1978, de ámbito federal, por la *Federal Trade Commission*, organismo gubernamental creado por el Congreso de los EEUU, con la finalidad de reducir el fraude en la oferta y venta de franquicias, que en aquellos años se había generalizado. Siendo de destacar la obligación de entrega de la

---

necesidad de informar sobre los futuros beneficios de la franquicia que, si se hace, debe ser con carácter de estimación y sin ninguna garantía de su consecución.

- i- Y finalmente debe proporcionar al franquiciado una descripción de los programas de formación inicial y continua, los royalties y cánones a pagar, así como también de los derechos de exclusiva territorial.

<sup>374</sup> Información extraída del documento elaborado por los profesores JUAN IGNACIO RUIZ PERIS Y JAUME MARTÍ MIRAVALLS, traductores de la de la obra de la citada Ley Modelo. Roma, 2007 y del documento original emitido en inglés por el Instituto internacional para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT).

información a través de un documento estandarizado, el *Franchise Disclosure Document* (en adelante FDD), por parte del franquiciador al franquiciado. Algunos Estados de los EEUU, obligan a los franquiciadores antes de iniciar la oferta y venta de franquicias a registrar la franquicia y el FDD y otros solo el FDD.

- **EEUU**

**a- LA FEDERAL TRADE COMMISSION**

En 1978 la FTC, debido al fraude masivo en el negocio de “venta de franquicias”, se vio obligada a legislar, aprobando la *FTC Rule*, equiparando los franquiciados a consumidores.

La FTC alerta a los futuros franquiciados de que adherirse a una red de franquicias comporta una inversión y un riesgo, por lo que es aconsejable investigar antes de tomar la decisión. La FTC se pone a disposición del futuro franquiciado para ayudarlo en tal cometido, ayudando sobre cómo evaluar sus finanzas, capacidades y objetivos, buscar y comparar oportunidades de franquicias y las preguntas que tiene que hacerse.

La FTC ayuda al potencial franquiciado a conocer sus derechos, como los que establece la *FTC Rule*, en la que se prevé que antes de pagar o firmar un contrato, sea oral o escrito, el franquiciador debe entregarle un documento de divulgación llamado *Franchise Disclosure Document* (FDD), el cual contiene información relevante de la franquicia. En el documento informativo se indica lo siguiente:

- a- Los antecedentes legales y financieros del franquiciador y sus directivos.
- b- El coste de iniciar y operar la franquicia.
- c- Las declaraciones del franquiciador respecto de las ventas, costes y ganancias.
- d- La información de contacto de franquiciados y ex franquiciados con los que se puede hablar.
- e- Las reglas de terminación o renovación del contrato establecidas por el franquiciador.



La FTC advierte al futuro franquiciado de que ser franquiciado representa operar un negocio vendiendo bienes y servicios con una marca reconocida. Se compra un formato o modelo de negocio desarrollado por el franquiciador, junto con la capacidad y apoyo para operarlo. A la vez que invertir en una franquicia, como en toda inversión, comporta un riesgo financiero. Los franquiciados deben comprometer tiempo y dinero y operar de acuerdo con las reglas de franquiciador.

Y a los franquiciadores les advierte que tienen obligaciones legales establecidas en la *FTC Rule* como, por ejemplo, que, dentro de los 14 días previos a la firma de un contrato o recepción de un pago, deben entregar a los futuros franquiciados un documento llamado *Franchise Disclosure Document (FDD)* que contiene información relevante. Además, en algunos Estados se establece que antes de que un franquiciador pueda vender legalmente una franquicia debe someter su documento informativo FDD a los examinadores estatales correspondientes. La FTC ejecuta y vigila el cumplimiento de la *FTC Rule*.

Por otra parte, resulta destacable el hecho que una agencia gubernamental, aprobada y apoderada por el Congreso de los EEUU, disponga de prerrogativas tan amplias en ámbitos de consumidores y franquicias, con capacidad para regular y supervisar en materia de competencia, derecho de consumidores y derecho de franquicias.

#### **b- LA FTC RULE**

La *FTC Rule*, fue aprobada el 23 de diciembre de 1978 y actualizada el 30 de marzo del 2007. Las dos principales aportaciones de esta última reforma fueron la creación del *Franchise Disclosure Document (FDD)* y agilizar el aspecto burocrático-administrativo a los franquiciadores extranjeros con intención de vender franquicias en EEUU, constituyendo su contenido lo siguiente<sup>375</sup>: Los franquiciadores son responsables de

---

<sup>375</sup> Apartados de la *FTC Rule*:

- a) “Definiciones”.
- b) “Obligaciones de los franquiciadores:
  - Presentación de documentos de divulgación (FDD).
  - Limitación de modificar el contenido de los documentos de divulgación.

preparar los documentos de divulgación FDD. El término "franquiciador" significa "cualquier persona (incluyendo cualquier individuo, grupo, asociación, sociedad limitada o general, corporación o cualquier otra entidad) que otorga una franquicia y participa en la franquicia.

Los franquiciadores son responsables de proporcionar documentos de divulgación a cada potencial franquiciado. En consecuencia, los franquiciadores no tienen que proporcionar copias de sus documentos de divulgación a los miembros del público en general, como periodistas, académicos o aquellos que navegan en línea que acceden al sitio web de un franquiciador. Una persona debe tener un interés genuino en convertirse en franquiciado, no una mera curiosidad. Así mismo, los franquiciadores pueden cumplir con la obligación de proporcionar documentos de divulgación a "posibles franquiciados" a través de un agente o representante de un posible franquiciado, como un abogado. En el caso de que el posible franquiciado sea una empresa, las informaciones se pueden entregar a un empleado de esta<sup>376</sup>. Valoramos positivamente la ampliación del ámbito subjetivo de este deber de suministro de la información, ya que tiene gran utilidad en la práctica empresarial evitando así formalismos innecesarios, cosa que no ocurre en nuestro derecho positivo, ya que la obligación de entrega se concreta en la persona del franquiciado.

La *FTC Rule* brinda a los posibles compradores de franquicias la información material que necesitan para sopesar los riesgos y los potenciales resultados de la inversión

- 
- Formas de entregar los documentos de divulgación.
  - c) "Contenido del documento de divulgación (FDD)".
  - d) "Instrucciones para entregar actualizar los documentos de divulgación".
  - e) "Exenciones en relación con las obligaciones anteriores".
  - f) "Prohibiciones: Relacionadas con actos o prácticas desleales o engañosas que violan la Sección 5 de la Ley de la *Federal Trade Commission* para cualquier vendedor de franquicias".
  - g) "Otras disposiciones:
    - La Comisión no expresa opinión sobre la legalidad de nada relacionado con los temas de este apartado.
    - La FTC no pretende anticiparse las leyes sobre franquicias de ningún Estado excepto en caso de inconsistencia con temas de este apartado".

<sup>376</sup> <https://www.ftc.gov/system/files/documents/plain-language/bus70-franchise-rule-compliance-guide.pdf>

necesaria, requiriendo a los franquiciadores que proporcionen a los potenciales franquiciados un documento de divulgación (FDD) que contiene 23 elementos específicos de información sobre la franquicia ofrecida, sus empleados/directivos y sobre otros franquiciados.

En EEUU hay trece Estados que tienen leyes que regulan la “oferta y venta” de franquicias, imponiendo obligaciones de presentación de la oferta y de registro de las franquicias, así como otras obligaciones de información precontractual y postventa. Estos Estados son: *California, Hawaii, Illinois, Indiana, Maryland, Michigan, Minnesota, New York, North Dakota, Rhode Island, Virginia, Washington y Wisconsin*. *Oregón* regula la oferta y la venta, pero sin el deber de presentación de la documentación.

Además, veintiún Estados que, junto con el Distrito de Columbia, Puerto Rico y las US Islas Vírgenes, disponen de leyes que regulan los términos de la relación entre franquiciador y franquiciado.

Sin embargo, cada Estado tiene matices en su regulación, por lo que los potenciales franquiciados necesitan informarse a la hora de hacer una solicitud de franquicia para poder decidir qué Estado les conviene más para la tramitación de la documentación que han de presentar para poder comercializar franquicias.

Además de la *FTC Rule*, a nivel federal existe también la *Business Opportunities Rule*, aplicable solamente en casos muy especiales de franquicias pequeñas, en supuestos de contratos no escritos o cuando el total de gastos o compromisos de pago al franquiciador durante el periodo de antes de seis meses anteriores al comienzo de las operaciones del franquiciado no excede de 540 \$ US.

En opinión de SHERMAN<sup>377</sup> la reforma del 2007 de la *FTC Rule* “creó unos estándares mínimos de información precontractual a suministrar por el franquiciador (*Disclosure*) en todas sus ofertas. No obstante, cada uno de los Estados está autorizado para proveer una protección adicional a los franquiciados que operan dentro de su jurisdicción, si bien dichas normas adicionales estatales no pueden contradecir la *FTC Rule*”.

---

<sup>377</sup> SHERMAN, A. J. (2011). “*Franchising & Licensing*”. Op. Cit. Pág. 74.

Los documentos de divulgación son muy extensos y complejos (entre 400 y 1000 páginas), por lo que la FTC recomienda a franquiciadores y franquiciados contratar los servicios de una consultora legal y económica/financiera, por la complejidad y diversidad de la regulación existente, además de existir un doble nivel normativo (federal y estatal). Consejo que creemos debería hacerse extensible a cualquier franquiciado del mundo, por muchas otras razones, siendo una de ellas la escasa regulación existente sobre la materia y dada la complejidad de esta tipología de negocio jurídico.

### **c- LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL**

La *FTC Rule* obliga a los franquiciadores y a sus agentes a entregar la información precontractual a los futuros franquiciados. Se trata de la regulación en materia de información precontractual del sistema de franquicias más compleja, completa y garantista que existe actualmente, lo cual no ha sido obstáculo para que sea precisamente en este país donde exista el mayor número de enseñas nacionales e internacionales y de establecimientos franquiciados en el mundo.

En relación con el deber de información de la *FTC Rule*, de los diferentes Estados podemos encontrar diferentes requerimientos, como el relativo a los plazos mínimos de tiempo para la entrega de la información, el contenido de esta y la actualización anual de la información o la renovación de los registros.

En algunos Estados y debido a las normas particulares de cada uno de ellos, la solicitud de registro puede demorar hasta varios meses, debido a las dificultades para cumplir con todos los requerimientos que exige el documento de información precontractual o FDD.

Para la entrega de dicha información la *FTC Rule* establece un periodo mínimo de tiempo de catorce días con antelación a la firma de cualquier acuerdo vinculante o para efectuar cualquier pago, o más de los catorce días si el futuro franquiciado lo solicita de “forma razonada”. Además, hay algunos Estados en los que se da un periodo de tiempo adicional.

.

Conforme a dicha regulación, el franquiciador ha cumplido con la entrega del documento de información precontractual si ha cumplido con alguna de estas condiciones:

- a- Si ha enviado una copia del documento, a mano o por vía electrónica, al futuro franquiciado dentro del plazo requerido.
- b- Se ha suministrado al futuro franquiciado la dirección electrónica para poder acceder al documento por internet dentro del plazo requerido.
- c- Si ha enviado una copia, en papel o soporte electrónico, a la dirección especificada por el futuro franquiciado por “*first-class US mail*”, al menos tres días antes del plazo requerido.

Hemos de remarcar que, merece una valoración sumamente positiva que se contemple el suministro de esta información por medios telemáticos, lo que hace más eficiente y rápido el cumplimiento de tal deber por parte del franquiciador a la vez que facilita al franquiciado el acceso a tal información. Es un aspecto modernizador del deber de información a tener en cuenta por el legislador español.

Adicionalmente, se considera una violación de la *FTC Rule* que el franquiciador altere unilateral y materialmente los términos y condiciones del futuro contrato de franquicia u otro acuerdo adjunto al documento de la información, sin que se haya enviado una copia al futuro franquiciado de tales cambios, al menos con una anticipación de siete días antes de firmar el contrato rectificado. Es una previsión que no se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico y que contribuye a dotar de mayor seguridad jurídica a esta fase precontractual en beneficio de la parte débil del contrato. Los cambios en el contrato que surgen durante las negociaciones iniciadas por el futuro franquiciado no activan este plazo de siete días.

La *FCT Rule* faculta a los diferentes Estados a imponer estándares más exigentes de requerimientos de información o incluso requerimientos adicionales, favoreciendo una regulación hasta cierto punto inconsistente. La *North American Securities Administrators Association* (NASAA) y los Estados que han adoptado la *FTC Rule* tal como está redactada pueden decidir imponer requerimientos adicionales mínimos, tal como algunos han previsto, permitiendo al efecto a los franquiciadores utilizar el formulario “multi-Estados” para la entrega de los documentos de información.

De acuerdo con la *FTC Rule*, los documentos de entrega de información deben ser actualizados dentro de los ciento veinte días siguientes al cierre fiscal del franquiciador.

No obstante, dependiendo del Estado de registro, esta actualización puede variar entre los noventa y ciento veinte días después del cierre fiscal del franquiciador o dentro del periodo de un año desde la efectiva fecha del registro.

Además, los franquiciadores deben obligatoriamente actualizar su documentación de información si sobreviene un cambio material, entendiéndose por este a “cualquier hecho, circunstancia, o conjunto de condiciones, que tengan una alta probabilidad de influenciar a un futuro franquiciado razonable, en la toma de una decisión relevante en relación con el negocio a franquiciar o vayan a tener un impacto financiero significativo sobre las expectativas del franquiciado o del futuro franquiciado”.

Una vez se ha firmado el contrato de franquicia no existe ninguna obligación de entrega de información adicional, a excepción de aquellos casos de renovaciones o de compra de una franquicia adicional; si bien, todo ello sujeto a algunas excepciones.

Nótese que la FTC trazó una clara distinción entre las transacciones nacionales y las internacionales de las franquicias, ya que los operadores internacionales locales, realizan operaciones internacionales de venta de franquicias (mayormente máster franquicias). Cuando la Comisión modificó formalmente la Regla de Franquicias en 2007 dejó claro que las obligaciones de divulgación bajo la *FTC Rule* solo aplican en los EEUU.

Sin embargo, ello no ha comportado que la FTC quede al margen cuando se trata de transacciones internacionales, ya que las partes aún deben considerar el posible impacto de la autoridad de la FTC en virtud de la sección 5 de la *FTC Rule*, cuando se está ante prácticas ilegales y engañosas, habiendo confirmado varios tribunales la aplicación de la *FTC Rule* a los actos de engaño cometidos en transacciones internacionales.

Si bien, en la práctica, solamente la ley del Estado de Nueva York se aplica para solicitar transacciones de franquicias internacionales que son el resultado de ofertas hechas o aceptadas en ese Estado.

En determinados Estados, se requiere que el franquiciador proporcione el FDD al máster franquiciado, incluso en caso de que el máster franquiciado atesore más experiencia y capital que el franquiciador. El hecho de que el franquiciador esté registrado para poder ofrecer y vender una máster franquicia, generalmente no le confiere inmunidad cuando este, a su vez desee ofrecer y vender sub franquicias, ya que es el máster franquiciado

quien debe cumplir con los requisitos de divulgación de la información, desarrollando un documento FDD y cumpliendo con todos los requisitos previos a la venta, incluido el de registro (allí donde las leyes lo exijan). Para PLAVE<sup>378</sup> la máster franquicia es la estructura que los franquiciadores y sus asesores utilizan para su expansión internacional, “pero sin considerar cuidadosamente los muchos desafíos que conlleva, incluyendo las desventajas y trampas que están involucradas en ella, especialmente para aquellos que estando en su fase inicial no disponen de la infraestructura suficiente para afrontar una expansión acelerada”.

A nuestro entender, es de especial interés la previsión normativa citada sobre la obligación de actualización de la información del franquiciador.

#### **d- EL FRANCHISE DISCLOSURE DOCUMENT (FDD)**

La entrega de información precontractual a los futuros franquiciados se realiza a través de la FDD, documento o formulario oficial que cumple con los requisitos de la *FTC Rule*. La *FTC Rule* permite efectuar tal entrega de esta información por vía electrónica (email o descargándolo de una web).

La información que debe contener el FFD viene detallada en el art. 436.4 del Subcapítulo D, del Capítulo I de la *FTC Rule*<sup>379</sup>.

---

<sup>378</sup> PLAVE, L. T. (2013). *The dark side of master franchising. International Journal of franchising*. Págs. 12-14

<sup>379</sup> Art. 436.4 Tabla de contenidos: 1. El franquiciador y los padres, predecesores y afiliados 2. Experiencia empresarial 3. Litigios 4. Quiebras 5. Pagos iniciales 6. Otros pagos 7. Inversión inicial estimada 8. Restricciones a las fuentes de productos y servicios. 9. Obligaciones del franquiciado 10. Financiación 11. Asistencia del franquiciador, publicidad, sistemas informáticos y capacitación 12. Territorio 13. Marcas registradas 14. Patentes, derechos de autor e información patentada 15. Obligación de participar en la operación real del negocio de franquicias 16. Restricciones sobre lo que el franquiciado puede vender 17. Renovación, terminación, transferencia y resolución de disputas 18. Figuras públicas 19. Representaciones de desempeño financiero 20. Puntos de venta e información de los franquiciados 21. Estados financieros 22. Contratos 23. Recibos.

Según la FTC<sup>380</sup> el futuro franquiciado tiene derecho a obtener una copia del FDD, una vez que el franquiciador ha recibido la solicitud de aquel y haya aceptado considerarlo.

Según la FCC hay veintitrés Estados que requieren que los franquiciadores entreguen un FDD a los potenciales franquiciados antes de la firma del contrato de franquicia. Trece de ellos requieren además que sean depositados en una agencia estatal para formar parte de un registro público.

Entre las novedades más destacadas de la reforma de la *FTC Rule* en 2007, debemos poner de manifiesto la obligación de entrega de un único documento estandarizado para todos los EEUU, para el suministro de la información precontractual (*Disclosure*), el referido *Franchise Disclosure Document* (FDD). En este sentido, SHERMAN<sup>381</sup> destaca que “este hecho fue relevante ya que hasta entonces los franquiciados podían escoger entre dos documentos con formatos distintos para el suministro de la información, el formato FTC o el *Uniform Franchise Offering Circular* (UFOC). El segundo formato estaba desarrollado por la *Midwest Securities Commoissioners Association* y era el mayormente utilizado porque era el que pedían los Estados dotados de Registro de Franquicias”.

De conformidad con lo anterior, el FDD es un documento de carácter legal que se entrega a los futuros franquiciados durante la fase precontractual en los EEUU<sup>382</sup>.

A nuestro juicio, la utilización de un documento oficial estandarizado para el suministro de información garantiza una mayor seguridad jurídica en este proceso de cumplimiento del deber de suministro de información durante la fase precontractual. Sería recomendable que el legislador español aprobara una regulación homóloga para dotar de mayor seguridad al tráfico mercantil.

---

<sup>380</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION (11 de marzo de 2017). USA Government *consumer's guide to buying a franchise*. <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/consumers-guide-buying-franchise#2>

<sup>381</sup> SHERMAN, A. J. (2011). “*Franchising & Licensing:..*”. Op. Cit. Pág. 70.

<sup>382</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION. (enero de 2007). USA Government. <https://www.ftc.gov/2007/01/franchiserule.shtml>



La *FTC Rule* especifica las obligaciones de cumplimiento de la divulgación del FDD. En particular, regula quién debe preparar las divulgaciones, quién debe entregarlas a los futuros franquiciados, cómo los franquiciados las reciben y cuánto tiempo deben tener los franquiciados para revisarlas y para revisar cualquier extremo del contrato de franquicia estándar.

El FDD revela un detalle extenso de información sobre el franquiciador y la organización de la franquicia con el fin de que el futuro franquiciado pueda tomar una decisión informada sobre sus inversiones.

El documento FDD, está estructurado en una portada, un índice y veintitrés apartados llamados *Items*, y están *establecidas* unas restricciones para poder alterar el contenido del contrato que este anexo al documento de divulgación, dado que esta parte de la información divulgada es especialmente relevante.

Según el art. 20 de la *FTC Rule* el franquiciador ha de proporcionar una lista actualizada del número de establecimientos que conforman la red e informar de los vencimientos de contratos y de ventas de unidades franquiciadas. Así mismo, tiene que informarse de los nombres y datos de contacto de los franquiciados actuales y de los ex franquiciados, para que puedan ser contactados por el potencial franquiciado para contrastar la información facilitada por el franquiciador. De todas formas, esta información no siempre es fiable ya que, los franquiciados no tienen la obligación legal de divulgar la información estadística y económica de sus negocios.

Respecto de la extensión temporal de este deber de información, ZEIDMAN<sup>383</sup>, manifiesta que “no existe ninguna previsión normativa de facilitar documentos de información durante la vigencia del contrato, sin embargo, sujeto a una serie de condiciones, existe un deber de información del franquiciador, en el supuesto de que un franquiciado compre una nueva franquicia”.

#### **e- EL FINANCIAL PERFORMANCE REPRESENTATION (FPR)**

---

<sup>383</sup> ZEIDMAN, P. F. (2018). *Franchise. Getting the Deal Through.*, Law Business Research, London, Págs. 166-174.

La *FTC Rule* define e *Financial Performance Representation* (FPR) como “cualquier representación, incluida cualquier representación oral, escrita o visual, ante un posible franquiciado, incluida una representación en los medios de comunicación generales, que declare, expresamente o por implicación, un nivel o rango específico de ventas reales o potenciales, ingresos, ganancias brutas, o ganancias netas”. El FPR incluye una tabla o cálculo matemático que muestra los posibles resultados basados en una combinación de variables” (art. 19).

Si un franquiciador desea hacer un FPR para futuros franquiciados, este debe cumplir estrictamente con los requerimientos de la *FTC Rule*, relativos a la entrega de la información, así como a cualquier otro aplicable a nivel estatal.

Además, el franquiciador revela o pone a disposición del franquiciado la información financiera de la explotación de sus establecimientos corporativo-existent, las ubicaciones de las franquicias y las ubicaciones de franquicias potenciales. Por su parte, KHURTSIDZE<sup>384</sup> advierte que la información financiera suministrada por el franquiciador “puede estar construida con base en datos económico-financieros de franquicias que tienen unos niveles muy altos de ventas y beneficios, por lo que siempre debe tener en cuenta que se trata de cifras orientativas, pero no suficientes para tomar una decisión de invertir”.

Desde una perspectiva de ventas de franquicia y desde una perspectiva legal, las FPR son importantes. Brinda a los posibles franquiciados importantes factores de validación y métricas para comparar la franquicia con las marcas de franquicias de la competencia.

Según el art. 19 de la *FTC Rule*, los datos de los franquiciados también deben incluirse en la FPR. Para los franquiciadores que se encuentran en una fase inicial de la franquicia esto no constituirá un problema, pero puede llegar a serlo con el tiempo, a medida que abran nuevos puntos de venta franquiciados. Por esta razón, es importante que los

---

<sup>384</sup> KHURTSIDZE, T. (2013). « *Franchise Agreement...* ». Op. Cit. Pág. 60

franquiciadores instalen sistemas para registrar adecuadamente los datos de las franquicias y que sus registros incluyan las categorías de datos que requiere el art. 19.

Si bien hay muchos problemas legales y de cumplimiento que deben revisarse, el franquiciador tiene una gran flexibilidad en cuanto a los datos a incluir y reportar. En el nivel más básico, una FPR del art. 19 puede ser limitada a los datos de "Ventas brutas" para los establecimientos de propiedad de la empresa y de los franquiciados. A niveles más avanzados, dependiendo de la calidad y naturaleza de los datos, una representación del desempeño financiero del art. 19 puede incluir cálculos de:

- a- Beneficio Bruto: ventas brutas menos coste de bienes y servicios vendidos.
- b- EBITDA: ventas brutas menos el coste de los bienes y servicios vendidos y menos gastos operativos, menos intereses, impuestos, depreciación y amortización.
- c- Otros datos exclusivos del negocio indicativos del rendimiento, como ventas promedio por cliente o transacción, número de clientes atendidos, número de servicios prestados, productos vendidos, etc.

Según la *FTC Rule* el franquiciador no puede hacer una FPR a menos que la FPR esté establecida y contenida en el art. 19 de su FDD y cuando el artículo 19 contiene una FPR, la información que puede suministrar a un franquiciado se limita a lo que se establece en el art. 19 del FDD.

Todas las FPR del art. 19, deben cumplir con la *FTC Rule*, las reglas estatales y las pautas de divulgación y registro de franquicias de la *North American Securities Administrators Association* (NASAA).

Si el FDD no incluye las representaciones de desempeño financiero del art. 19, el franquiciador no puede, en ninguna circunstancia, divulgar públicamente o proporcionar a los franquiciados potenciales información que se pueda calificar como FPR.

Al respecto, conviene tener presente que en nuestro ordenamiento jurídico toda la mención que se realiza sobre la información financiera que el franquiciador debe suministrar al franquiciado la encontramos en el art. 3 e) del RD 201/2010, que determina que “en el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de previsiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, estas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentadas”.

Podemos considerar que se trata de una información ciertamente indeterminada al exigir la norma únicamente que estén “suficientemente fundamentadas”, expresión claramente imprecisa, debiendo tener en cuenta que la norma además resulta incompleta si realizamos un análisis comparativo con el referido contenido del art. 19 de la *FTC Rule*.

Los tribunales norteamericanos, al igual que los españoles, también tienen que dirimir conflictos sobre franquicias, en los cuales el franquiciado alega haber recibido información financiera falsa<sup>385</sup>.

---

<sup>385</sup> Tribunal de Apelación del Estado de Illinois: *Avon Hardware Co. v. Ace Hardware Corp.*, 2013 IL App (1st) 130750, October 28, 2013.

El 28 de septiembre de 2012, los demandantes presentaron una demanda, alegando los siguientes hechos y reclamaciones. En 2000, Ace creó un concepto de tienda, conocido como "Vision 21", que consistía en grandes tiendas de Ace destinadas a competir con minoristas de "big box", como Home Depot y Lowe's. En 2006, los Pasciaks, a través de su corporación, Yido, firmaron un acuerdo de franquicia con Ace para operar una tienda Visión 21 en Indianápolis. El 15 de septiembre de 2006, Ace proporcionó a Pasciaks un documento “proforma”, con fecha 1 de junio de 2006, que contenía previsiones de ventas y flujo de caja.

Ace también les proporcionó, según lo regulado, pero no requerido por la Ley federal, una "Circular de Oferta de Franquicia Uniforme" (UFOC) .2 Ver 16 C.F.R. § 436.1 y ss. (2006). Según la reclamación, este documento contenía datos financieros históricos engañosos sobre el rendimiento de las ferreterías Ace existentes. El demandado alega que Ace envió el documento proforma a Wells Fargo para ayudar a Pasciaks a obtener un préstamo para cerrar el trato con Ace. Después de que se presentó el documento proforma, Wells Fargo no aprobó el préstamo. El demandado alega que, luego de la denegación del préstamo inicial y sin la participación de los Pasciaks, Ace manipuló los números en el documento proforma para satisfacer los requisitos de financiamiento de Wells Fargo.

La tienda de Pasciaks, Mr. Mike's Ace Hardware, abrió sus puertas en febrero de 2007 y nunca se acercó a las ventas e ingresos pronosticados en el documento proforma. Tras el fracaso de la tienda, los Pasciaks supieron que Ace había manipulado los números contenidos en los documentos proforma y presentaron una demanda.

El UFOC (*Uniform Franchise Offering Circular*) decía que los datos presentados o los datos contenidos en cualquier documento proforma "no deben ser confiados únicamente o considerados como los resultados probables que cualquier miembro realizará". El párrafo final de la sección de rendimiento promedio establece: " Los datos presentados en este art.19 no deben ser considerados como los resultados reales potenciales o probables que Ud. pueda realizar. No manifestamos que Ud. pueda esperar alcanzar estos resultados: “Los resultados financieros de un nuevo miembro podrían diferir de los que se describe en este art. 119. Algunas tiendas han logrado estos resultados, pero no es seguro que se conseguir”.

La Sentencia del Tribunal fue:

*“Si bien la Ley de Prácticas Comerciales Engañosas y de Fraude al Consumidor de Illinois no requiere dependencia, sí requiere materialidad. Ver White v. DaimlerChrysler Corp., 368 Ill. App. 3d 278, 283 (2006) (“la confianza del demandante no es un elemento del fraude legal al*

## - GRAN BRETAÑA

Al igual que ocurre con otros ordenamientos jurídicos de *common law*, tradicionalmente, el derecho inglés ha venido siendo reticente a reconocer un deber precontractual de información. En este sentido, ZWEIGERTZ & KÖTZ<sup>386</sup> exponen que “de todas formas, el número de deberes específicos de informar es tan amplio que ha llevado a algunos autores a dudar de si en realidad no existe tal deber de no informar en sede precontractual”.

La expresión que se usa en derecho inglés y, en general, en el *common law* para hacer alusión al deber de informar es *duty to disclosure* y se usa para expresar ciertos deberes específicos que se derivan de la ley o de la jurisprudencia. Obviamente, al no existir ningún requerimiento legal en relación con la divulgación (*disclosure*), tampoco existe ningún requerimiento sobre cómo debe estar constituida esta información en caso de que se entregue.

Una buena parte de la doctrina inglesa coincide en mantener que en la fase precontractual no existe, con carácter general, una obligación de informar. En esta línea argumental CARTWRIGHT<sup>387</sup> declara que “durante esta fase no existe un deber general de información entre las partes, aun en el supuesto de que una de ellas conozca información que la otra desconoce y esta sea determinante para la decisión de contratar o no de esta

---

*consumidor”). Para aceptar una reclamación según la Ley, un demandante debe mostrar (1) un acto o práctica engañosa por parte del demandado; (2) la intención del acusado de que el demandante se base en el engaño; (3) el engaño ocurrió en el curso de comercio o comercio; y (4) el fraude al consumidor causó de manera inmediata la lesión del demandante. Los demandantes, en los documentos que entregaron no hicieron declaraciones falsas de hechos materiales ni ocultaron ningún hecho material”. Por lo tanto, sobre esta base, el tribunal de circuito desestimó los cargos III. y IV bajo la sección 2-615 del Código.*

<sup>386</sup>ZWEIGERTZ, K., & KÖTZ, H. (2002). Parte II. Capítulo 24: “La libertad del contrato y sus límites”. Op. Cit. Pág. 426. En relación con esta posición tenemos también a Palmieri, N. W. (2017). *Good faith disclosure. En Common law Disclosure Duties* (pág. 1796).

<sup>387</sup> CARTWRIGHT, J. (2007). *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure, Sweet and Maxwell*. Londres, p. 535

última, o bien en qué términos hacerlo”. Según el juez COKBURN, la regla que aplica en estos casos es el *cavent emptor*, según la cual “el comprador contrata bajo su propio riesgo”.

En otras palabras, el deber de informar existe moralmente, pero no en el ordenamiento jurídico inglés<sup>388</sup>.

El derecho inglés opta por un modelo de deberes de información aplicados a ciertos supuestos de hecho que concreta el legislador y la doctrina. Así, en supuestos de omisión de entrega de la información, según WHITTAKER & ZIMMERMAN<sup>389</sup>, comparando el derecho alemán, francés y el de *common law*, advierten del carácter más estricto de este último en relación con los dos primeros”.

No obstante, las divulgaciones de información precontractual (*disclosure*) son consideradas como una buena práctica y un franquiciador que sea miembro de la BFA necesitará cumplir con los requisitos que establece el Código Ético BFA sobre la divulgación de la información.

Así pues, a falta de norma específica en relación con el deber de información en Gran Bretaña, el art 3 del Código Ético BFA<sup>390</sup> obliga a la divulgación completa de todo el material de información en relación con la franquicia dentro de un tiempo razonable antes de la formalización de los documentos vinculantes.

---

<sup>388</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información. Civitas - Thomson Reuters. Pág. 262.

<sup>389</sup> WHITTAKER, S., & ZIMMERMAN, R. (2000). *Good faith in the European contract law: surveying the legal landscape*. Cambridge University Press, pp. 18-47. ZWEIGERT, K., & KÖTZ, H. (1998). « An introduction to comparative law ». Op. Cit. Págs. 424-426, quien afirma que,

<sup>390</sup> El art. 3.3 del *BFA Code* requiere a los franquiciadores miembros que entreguen una copia del Código a los futuros franquiciados, junto con una “la divulgación completa y precisa, por escrito, de todo el material informativo en relación con la franquicia, con una anticipación de tiempo razonable a la formalización de los documentos vinculantes”.

La Guía del Código Ético BFA contiene información detallada sobre cómo debe realizarse la divulgación de la información (*disclosure*), concretando que ha de ser “escrita, completa y precisa”. No obstante, según el mismo Código Ético BFA, las divulgaciones voluntarias de información precontractual son una de las formas más efectivas de minimizar el riesgo de litigios motivados por supuestas informaciones falsas o fraudulentas.

El Código Ético BFA requiere que la publicidad para la venta de franquicias esté libre de ambigüedades y de declaraciones engañosas.

En derecho inglés no rige el principio general de la *culpa in contrahendo*, derivado de la eventual infracción de un deber de informar a los futuros franquiciados. Aunque ha habido sentencias recientes que han aplicado el concepto de la buena fe en los contratos comerciales, no han hecho referencia alguna a que ese principio pueda generar una responsabilidad en la fase precontractual. Por tanto, el derecho inglés es contrario a la imposición de un deber general de información. En este sentido, se parte de la premisa de que la buena fe ya exige a las partes facilitarse mutuamente información relevante durante la fase precontractual y quien decida informar debe hacerlo correctamente, ya que la entrega de información defectuosa se sanciona severamente.

En relación con la información financiera suministrada por el franquiciador, las referencias a posibles resultados financieros futuros deben ser objetivas, basadas en datos históricos veraces, indicando que las cifras son para fines ilustrativos y no están garantizadas. En la práctica, si a los potenciales franquiciados se les suministra cifras que no se basan en el promedio histórico financiero de los franquiciados o en una base alternativa claramente establecida y razonable, las cifras darán lugar a una declaración falsa que no puede ser salvada por el contenido del contrato.

## - ITALIA

La *Legge 129/2004 Norme per la disciplina dell 'Affilizzazione Commerciale* regula la información precontractual en sus artículos 4 “Obligaciones del franquiciador” y 6 “Obligaciones precontractuales de comportamiento”.

El art. 4 de la *Legge 129/2004*<sup>391</sup> prevé un deber del franquiciador de facilitar un dossier de información, con excepción de aquella que se considera materia reservada o cuya entrega puede violar los derechos de terceras partes, con una antelación mínima de 30 días a la firma del contrato. El deber de entrega de dicha información se refiere únicamente a la etapa precontractual, mientras que la que se debe entregar durante la ejecución del contrato se hará de acuerdo con el principio de la buena fe del art. 1375 del CCi.

La *Legge 129/2004* no impone al franquiciador la obligación de actualizar la información facilitada durante la fase precontractual. Sin embargo, con base en el principio de la buena fe, el franquiciador puede ser requerido para que actualice la información facilitada en esta fase si el franquiciado considera que es de su interés.

Según el apartado 2 de dicho art. 4 LF, dependiendo de si el franquiciador opera dentro o fuera de Italia, tendrá diferentes deberes de información precontractual. ZEIDMAN<sup>392</sup> valora los requisitos adicionales que se exigen a los franquiciadores internacionales para poder implantarse en Italia, manifestando que “a petición del franquiciado, el franquiciador debe suministrar una lista de al menos 20 franquiciados o menor si los existentes representan un número menor de 20. Sin embargo, para los franquiciados extranjeros el mínimo de requerimientos debe ser evaluado caso por caso”.

---

<sup>391</sup> Art. 4.1 *Legge 129/2004*. Para el caso de un franquiciador que solo opera en Italia o en Italia y fuera de ella a la vez., debe facilitar la siguiente información: a) Relativa al franquiciador, incluyendo el nombre de la empresa, el capital social, y si lo pide el futuro franquiciado una copia del balance de los últimos tres años y desde la constitución de esta si el número de años es menor. b) Relativa a las marcas utilizadas en la red incluyendo detalles del registro, y en caso de ser necesario información sobre la concesión de la licencia por parte de un tercero propietario de las marcas. c) Descripción resumida de las actividades y características del modelo de negocio de la red de franquicias. d) Lista de franquiciados que operan en la red y establecimientos del franquiciador. e) Información sobre la variación anual del número de franquiciados y sus direcciones, de los últimos tres años o desde el inicio de sus actividades si el número de años es menor. f) Descripción resumida de los procedimientos judiciales y arbitrales, en que se ha visto envuelto el franquiciador por los franquiciados, terceras partes o autoridades públicas, concluidos en los últimos tres años.

<sup>392</sup> ZEIDMAN, P. F. (2018). « *Franchise. Law Business...* ». Pág.88



El contenido del art. 4 de la *Legge 129/2004* es muy similar al del art. 3 del RD 201/2010 español; si bien pueden apreciarse algunas diferencias sustanciales, a saber:

- 1- El plazo para la entrega de la información es de 30 días, mientras que la norma española lo establece en 20 días. La *Legge 129/2004* es coincidente con el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, tutelándose al potencial franquiciado para que pueda realizar las averiguaciones y las reflexiones pertinentes con anterioridad a la celebración del contrato.
- 2- La ley italiana fija los días del plazo que tiene el franquiciador para entregar la información precontractual, en relación al momento de la firma del contrato, mientras que la norma española toma en consideración otras referencias como la firma de un contrato de franquicia, o la realización de cualquier pago. De ahí se desprende que en este aspecto la norma española con respecto del franquiciado presenta un mayor contenido tuitivo.
- 3- En relación con los sujetos obligados a cumplir con el deber de información, el Real Decreto en su art. 3 se refiere tanto al franquiciador como al máster franquiciado, mientras que la ley italiana en su art. 4.1, se refiere únicamente al *affiliante*. En ausencia de una definición legal de *affiliante*, una interpretación integradora de este precepto permitiría extender el deber de información tanto a cargo del *affiliante* como al de máster franquiciado. En este sentido, y considerando el fin último de la norma que es la tutela del franquiciado o del sub franquiciado como parte débil, se puede realizar una aplicación analógica de la obligación al contrato de máster franquicia.
- 4- El Real Decreto hace referencia a la entrega de una información “veraz y no engañosa”, cosa que la norma italiana no menciona. No obstante, aun cuando podría tomarse en consideración la regulación que el derecho italiano sobre publicidad engañosa y comparativa (Decreto Legislativo nº 74, de 25 de enero de 1992, modificado por el Decreto Legislativo nº 67 de 25 de febrero de 2000), que es de aplicación también a cuando víctima es un operador profesional del mercado.
- 5- La normativa italiana, a diferencia de la española, exige la entrega de una copia completa del contrato a suscribir con treinta días de antelación. Extremo que parece

poco realista, ya que durante el periodo precontractual el contenido del contrato se va a someter a negociación y, por tanto, está sujeto a cambios, por lo que debemos considerar que más bien debería haber hecho referencia a un borrador, contrato tipo o modelo de contrato. En este caso, la normativa española se refiere a los “elementos esenciales del acuerdo de franquicia”, como lo son la duración del contrato, las condiciones de resolución y en su caso de renovación, las contraprestaciones económicas, los pactos de exclusividad y las limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia.

- 6- La *Legge 129/2004* faculta al futuro franquiciado para solicitar al franquiciador o máster franquiciado el balance de los últimos tres años o los correspondientes a los ejercicios concluidos desde el inicio de la actividad para el caso de que el plazo sea inferior. Siendo así, ello presenta una importancia relativa, ya que esta información es accesible a través del Registro oficial correspondiente, si bien tiene relevancia tratándose de franquiciadores o máster franquiciados extranjeros. Por otro lado, aunque solo se hace referencia al balance, por extensión, debería entenderse incluida la cuenta de resultados.
- 7- No hace mención tampoco la normativa italiana a la obligación del franquiciador o máster franquiciado extranjero de aportar la información que venga obligado a dar al futuro franquiciado en su país de origen. Lo que facilita a estos franquiciadores extranjeros la omisión de este deber de entrega cuando están operando en Italia.
- 8- En relación con las marcas, la normativa española dispone que, en la fase precontractual, el franquiciador ha de “acreditar que tiene debidamente concedido en España, y en vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora, así como la indicación de los eventuales recursos contra aquellos, si los hubiere, con expresión, en todo caso, de la duración de la licencia”.

Vemos pues que el Real Decreto obliga a los franquiciadores a informar sobre los eventuales recursos formulados contra las marcas o los signos de los que es titular o licenciario; obligación que no se contempla en la ley italiana, lo que, sin duda, supone para el país vecino una cierta desprotección ante posibles situaciones

controvertidas derivadas del uso no pacífico de los mencionados activos intangibles.

La normativa italiana, por su parte, obliga al franquiciador o máster franquiciado a indicar “las marcas utilizadas en el sistema, con los datos relativos al registro o al depósito, o de la licencia concedida al franquiciador por un tercero, que tuviera eventualmente la propiedad de los mismos, o la documentación relativa al uso concreto de la marca”. Si bien, la mayor parte de esta información estará también recogida y será de fácil acceso en el correspondiente registro oficial.

De lo anterior se desprende que en España al igual que en Italia, resulta necesario acreditar en fase precontractual, la titularidad o propiedad de las marcas y su correspondiente inscripción en el registro oficial. Esta exigencia de inscripción registral puede suponer una importante dificultad para un franquiciador en cuyo país de origen exista una fuerte tradición de protección de las marcas notorias o renombradas usadas extra registralmente que quiera implantar su franquicia en España o en Italia y se encuentre con dificultades para su inscripción. RUIZ PERIS<sup>393</sup> se plantea el posible efecto perverso de esta regulación tan restrictiva, ya que puede perjudicar a los auténticos franquiciadores, dado que “se podría haber permitido la posibilidad de franquiciar, siempre que hubiere habido la correspondiente comunicación de la situación de las marcas durante el periodo precontractual, señalando las posibles oposiciones a la marca por tal hecho”.

- 9- Con respecto al deber de entregar información relativa a la actividad objeto del negocio de la franquicia, este deber tiene un contenido más amplio en la normativa española que en la italiana. Esta última se limita a exigir “una sintética ilustración de los elementos que caracteriza la actividad objeto de la franquicia”; mientras que la española alude a una “descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia”.

---

<sup>393</sup> RUIZ PERIS, J. I. (2000). “*Los tratos preliminares...*”. Op. Cit. Pág. 58.

10- En lo relativo a la información sobre la red de franquicia, en la norma italiana no se exige al franquiciador o máster franquiciado que informe sobre la forma de organización de la red ni que deba indicar las causas de las bajas de los miembros de dicha red, mientras que todo ello sí se considera en el RD español. Nótese que las causas de las bajas constituyen un dato de máxima relevancia para el futuro franquiciado. Basta tomar en consideración que en la praxis uno de los mayores problemas que presentan las franquicias precisamente reside en el elevado número de cierres que se producen, pudiendo en casos concretos ser un claro indicativo de problemas de mayor calado imputables al franquiciador en lo que respecta a calidad y buena reputación en el tráfico del modelo de negocio que se franquicia.

Aunque el deber de información precontractual, según se desprende del contenido de los arts. 4 y 6 de la *Legge 129/2004*, tiene un importante apoyo normativo en los preceptos citados, también se fundamenta en el art. 1375 del CCi, conforme al cual, ambas partes están sujetas a un deber general de comportarse de buena fe por toda la duración del contrato. Como consecuencia de este deber, las partes están obligadas a facilitarse aquella información o documentos que puedan ser relevantes para el contrato de franquicia y para la actividad de esta en general.

Respecto del deber de información del franquiciador, se prevé una excepción cuando se trate de informaciones “objetivamente reservadas o cuya divulgación constituiría divulgación de derechos de terceros”. Exclusión que no se le reconoce al franquiciado, generando a nuestro juicio, una discriminación en perjuicio de este último, difícil de justificar, lo que ocurre también cuando se le exige al franquiciado el deber de informar, incluso en el caso de que “no haya sido solicitado por el franquiciador”. Sendas discriminaciones contravienen la filosofía tuitiva del franquiciado que tiene la normativa en general.

No existe una obligación de entregar la información precontractual en lengua italiana, si bien, en el caso de que el franquiciado expresamente lo solicite, el franquiciador viene obligado a hacerlo, según establece la regulación específica aplicable a los franquiciadores que operan exclusivamente fuera de Italia (Decreto Ministerial núm. 204 de 2 de septiembre del 2005).

La *Legge 129/2004* no impone al franquiciador un deber de actualizar la información divulgada en la fase precontractual. Si bien, a la luz del principio de buena fe, el franquiciado podrá exigir al franquiciador que le actualice la información proporcionada en dicha fase precontractual, si considera que dicha actualización redunda en su interés.

Es de interés, tanto para franquiciadores como para franquiciados, ser miembros de la Asociación Italiana de Franquicias (*Federazione Italiana Franchising*)<sup>394</sup>, ya que representa los intereses de ambos operadores, si bien su función de complementar la normativa aplicable es menor que en el caso de Alemania o Gran Bretaña.

El art. 6 *Legge 129/2004*, en relación con el deber recíproco de información, establece unas obligaciones de comportamiento precontractuales en las que debe imperar la “lealtad, la corrección y la buena fe”.

En definitiva, tal y como se deduce de los preceptos analizados, cabe constatar que en Italia la promulgación de la *Legge 129/2004* supuso un avance significativo en la regulación de la franquicia en Italia, y que, si se efectúa el análisis exhaustivo en términos comparativos al RD 201/2010 español, se detecta en nuestra regulación importantes lagunas que deberían corregirse.

## - ALEMANIA

A diferencia de otros países como España, EEUU y Francia donde el deber de información está establecido por ley, en Alemania no existe regulación sobre el deber de información en el contrato de franquicia, como tampoco existe órgano gubernamental alguno para controlar un deber de esta naturaleza. Por lo que habrá que estar a los principios generales y las disposiciones del Código Civil alemán (“*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*”).

---

<sup>394</sup> *Federazione Italiana de Franchising*. (2018). <https://www.federfranchising.it/>

En este sentido, manifiestan NAVAS HERRERA & MOSQUERA MORENO<sup>395</sup> que “en Alemania tal deber no se especifica por vía legal sino jurisprudencial, dado que el contrato de franquicia en este país carece de regulación. Es importante resaltar que, debido al usual pacto de cláusulas penales dentro de los contratos de franquicia con las que se pretende mantener silencio en torno a los mismos, el sistema judicial no ha logrado acceder a tantos casos como quisiera y en consecuencia la jurisprudencia suele ser escasa”.

Si las negociaciones entre el franquiciador y el franquiciado equivalen a la celebración de un contrato de franquicia, el franquiciador está obligado a proporcionar al franquiciado, información precontractual. Esta información precontractual, no está regulada ni exigida específicamente por ley en Alemania, sino que viene exigida por la doctrina jurisprudencial de los tribunales alemanes, especialmente de las sentencias de la OLG o *Oberlandesgericht* que es el Tribunal Superior de Justicia de casa Estado Federal, como el de Munich (ver sentencia de 16.9.1993 NJW 1994, 667; sentencia de 17.11.1996 NJW-RR 1997, 812; sentencia de 24 de abril de 2001, NJW 2001, 1759; Sentencia de 1.8.2002 BB 2003, 443; Sentencia de 27 de julio de 2006, BB 2007, 14 mit. Nota FLOHR BB 2007, 6 y ss.). Según dichas sentencias, se desprende que, la confianza que ha surgido entre el franquiciador y el franquiciado obliga al franquiciador a revelar información relevante al franquiciado, que, entre otra, incluye la siguiente:

- 1) Información financiera y estadística sobre las franquicias existentes
- 2) Información sobre la franquicia y el sistema de franquicias.
- 3) Información necesaria, capital mínimo y endeudamiento máximo.
- 4) Aportación del franquiciado en la gestión de la franquicia.
- 5) Estimación de rentabilidad de la futura franquicia fundamentada en datos históricos de franquicias existentes.

Sin embargo, no todas las implicaciones en la fase precontractual corresponden al franquiciador, ya que el análisis y la selección del local comercial le corresponderá la

---

<sup>395</sup> NAVAS HERRERA, M. F., & MOSQUERA MORENO, A. M. (2010). Realidades del deber precontractual de información en el contrato de franquicia: una visión desde el derecho comparado. *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI: Tomo IV. Derecho privado, Vol. 1*, 691-704.

franquiciado. Y ello desde la sentencia de Brandeburgo, OLG de 17 de agosto de 2005 (4 U 37/05 n.v, que coincidiendo con la sentencia del Tribunal Regional Superior de Düsseldorf de 30 de junio de 2004 (VI U Kart. 40/02 n.v.), determino que esta función le correspondía al franquiciado, como expresión de su actividad empresarial. Sin embargo, el franquiciador está obligado a proporcionarle criterios o pautas para poder realizar dicha función de la forma más eficiente. Y si como consecuencia de dichos criterios o pautas, se selecciona una ubicación inadecuada, existirá una responsabilidad precontractual, que derivará al posible pago de una indemnización por daños y perjuicios, de acuerdo con los Principios de la *culpa in contrahendo*, según §§ 311, 208 BG

Para poder evaluar sus riesgos, el futuro franquiciado debe ser informado de aquellos aspectos de la franquicia que le permitan prestar un consentimiento debidamente informado estando regulada la fase precontractual relativa a las obligaciones en general, en las secciones 311 y 241 del Código Civil alemán (BGB).

Así pues, hay que acudir a los principios generales del Código Civil alemán y, fundamentalmente, al principio de la buena fe, así como a la jurisprudencia y a la doctrina, para encontrar unos patrones de conducta sobre el deber de información precontractual. Así lo expresan también ZIMMERMANN & WHITTAKER<sup>396</sup>, al manifestar que “este deber no surge de ninguna ley especial y solamente en las normas generales de derecho civil encontraremos una referencia a la *culpa in contrahendo* en relación con las negociaciones precontractuales. Este principio trata de la posible violación del deber de transmisión por parte del franquiciador al franquiciado de los hechos relevantes, a través del cual el franquiciado tiene el derecho a pedir una reclamación por daños”.

Debemos reiterar que para este fin es de utilidad la aplicación del principio de *culpa in contrahendo*, el cual estipula que antes de la formalización del contrato de franquicia el franquiciador se debe asegurar de que toda la información relevante ha sido claramente facilitada al futuro franquiciado. En caso de violación de este deber de información, el franquiciado tiene derecho a exigir una indemnización por los daños y perjuicios causados. El alcance y contenido de este deber dependerá de cada caso en particular,

---

<sup>396</sup> ZIMMERMANN, R., & WHITTAKER, S. (2000). « *Good Faith in European Contract...* ». Op. Cit. Pág. 66.

considerando la experiencia y conocimientos del franquiciado. En este sentido, VON THUR<sup>397</sup> declara que “desde el inicio de la fase precontractual, las partes tienen un deber de información mutua, sobre aquellos aspectos que pueden llegar a tener una relevancia en la actuación de la contraparte. El incumplimiento de este deber dará lugar a la “*culpa in contrahendo*”, la cual genera una obligación indemnizatoria, incluso en aquellos supuestos en que el contrato no llegará a celebrarse”.

Los tribunales alemanes, en aplicación del deber de la buena fe, pueden imponer obligaciones bilaterales, incluyendo obligaciones de protección en relación con aquella información que pueda tener un impacto sobre el negocio de los franquiciados o sobre la red de franquicias en general, como podría ser el caso de que un tercero pusiera en cuestión los derechos de las marcas del franquiciador.

La jurisprudencia alemana<sup>398</sup> ha enfatizado que, como norma general, los franquiciados están obligados a obtener información, por su iniciativa propia, sobre las condiciones del mercado y su impacto en la futura franquicia. Sin embargo, bajo determinadas circunstancias en las que el franquiciador es conocedor único de cierta información y de la importancia de esta para que el franquiciado decida concluir el contrato, el primero debe facilitar dicha información. Manifestando también en varias sentencias que, el franquiciador debe abstenerse de suministrar información engañosa a los futuros franquiciados y debe facilitar toda la información relevante para evitar el riesgo de eventuales reclamaciones indemnizatorias.

Así mismo, la jurisprudencia no determina cuál debe ser el periodo temporal mínimo para la entrega de la información precontractual, manifestándose solamente, en algunos casos,

---

<sup>397</sup> VON THUR, A. (2007). *Tratado de obligaciones*. Granada: Editorial Comares, p. 114.

<sup>398</sup> “Como consecuencia de la Sentencia de la de la OLG Schleswig de 22 de enero de 2008 (NJW-RR 2009, se constató que el franquiciado asume el riesgo empresarial y económico de la franquicia. De esta forma, el franquiciador no debe ser considerado como un asesor en la fase precontractual de la franquicia y, por lo tanto, en determinados supuestos, no está obligado a proporcionar información durante esta. En este sentido, la OLG Schleswig asume que un franquiciado empresario que esté familiarizado con los conocimientos empresariales básicos de la franquicia puede hacer por si mismo las averiguaciones necesarias para la formación de su voluntad contractual”.



que el cómputo de dicho plazo debe comenzar en el momento en que se produce el primer contacto entre las partes. Por otro lado, la Asociación Alemana de Franquicias (*Deutscher Franchiseverband e. V.*)<sup>399</sup> sostiene que con diez días es suficiente, pero buena parte de la doctrina <sup>400</sup> apuesta por un plazo de unas cuatro semanas.

Además, los tribunales alemanes y la Asociación Alemana de Franquicias apremian, aunque sin fuerza vinculante, al franquiciador para que suministre toda la información precontractual por escrito, la cual debe ser entregada dentro de un periodo de tiempo “razonable” antes de la formalización del contrato. Ello incluye también cualquier acuerdo previo vinculante entre las partes. La Asociación Alemana de Franquicias es de inscripción voluntaria y verifica que sus miembros y sus sistemas de franquicias cumplan unos estándares mínimos de fiabilidad (contratos, manuales, etc.).

No existe un formulario para cumplir con la obligación de informar por parte de los franquiciadores, por lo que la información deberá ser entregada por escrito de forma detallada y con carácter recepticio.

---

<sup>399</sup> <https://en.franchiseverband.com/> (visto el 24 de marzo de 2020)

<sup>400</sup> NIKLAS, M. (2006). Vorvertragliche Aufklärungspflicht. *Franchise portal*, 1-5.

“El momento en el que surgen las obligaciones de divulgación precontractual del franquiciador no ha sido finalmente aclarado. En la actualidad, la mayoría tiende a comenzar en este punto en el momento en que el franquiciador entra en contacto por primera vez con un presunto franquiciado y le presenta el sistema de franquicia en detalle. Esto se puede hacer a través de una presentación del sistema en Internet, un anuncio en un periódico, una aparición en una feria comercial o la presentación de material informativo, siempre que estas medidas sirvan para preparar las negociaciones del contrato”.

“El franquiciador está obligado a revelar completamente la información perteneciente a la relación contractual a un futuro franquiciado dentro de un período de tiempo razonable antes de la celebración de acuerdos vinculantes (por ejemplo, acuerdo preliminar, acuerdo de franquicia). El plazo se considerará razonable si el franquiciado dispone de tiempo suficiente para comprobar los documentos o hacer que los controlen. Un período de dos a cuatro semanas debería ser suficiente, por lo que las circunstancias del caso individual son, en última instancia, decisivas. En caso de duda, el franquiciador deberá acreditar que ha informado correcta y completamente al presunto franquiciado sobre el sistema de franquicia. El franquiciador puede someterse voluntariamente a más obligaciones de divulgación. Esto se hace en particular refiriéndose al Código de Conducta Europeo, que la Federación Europea de Franquicias (FFF) ha elaborado en coordinación con la Comisión de la CE y las asociaciones nacionales de franquicias”.

## **a- EL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL**

En relación con la información precontractual a facilitar por el franquiciador se acude a la Sección 319 (2) del Código Civil alemán (BGB).

Como hemos podido apreciar, los tribunales alemanes, aplicando la legislación vigente, han venido imponiendo unos deberes de conducta precontractuales a los franquiciadores, en relación con la información a facilitar a los franquiciados, de conformidad con lo establecido en la Sección 311 (2), del Código Civil alemán (BGB). A estos efectos, según la jurisprudencia alemana, la información que el franquiciador debe suministrar es la siguiente: i) información relativa al concepto de la franquicia: fecha de inicio, número de franquiciados, ratio de fluctuaciones, etc.; ii) indicación de las personas que actuarán en nombre del franquiciador; iii) oferta de la franquicia: ubicación, desarrollo y experiencia de las unidades piloto, inversión requerida, empleados necesarios, etc.; iv) información que permita al franquiciado calcular la rentabilidad estimada de la franquicia; v) contrato de franquicia y el manual de operaciones; vi) pertenencia a asociaciones; vii) demandas judiciales en trámite con potencial impacto sobre el negocio de los franquiciados; y viii) detalle de la asistencia técnica en la fase de puesta en marcha de la franquicia y durante la vida del contrato.

Téngase en cuenta que existe una información que tiene el carácter de secreto industrial como sería el *know how* del negocio, que no entraría en este deber de información del franquiciador.

## **a- LA INFORMACION ECONÓMICO-FINANCIERA**

Parte de la doctrina y la jurisprudencia sostienen que, durante la fase precontractual o de negociaciones, el franquiciador tiene el deber de informar y hacerlo específicamente también sobre una aproximación a la rentabilidad de la futura franquicia; pudiendo excusarse de tal obligación si el futuro franquiciado ya es un operador dentro del mismo sector en el que operará la franquicia o cuando ya conoce el sistema de franquicia que está negociando con el franquiciador.

En aplicación del principio de buena fe se puede afirmar que sería excesivo exigir al franquiciador que proporcione al potencial franquiciado un análisis detallado de la rentabilidad y responsabilizar al franquiciador de su inexactitud.

La futura rentabilidad de la franquicia es un elemento fundamental en la decisión de invertir en una determinada enseña de franquicias, dado que el futuro franquiciado va a exponer todo el capital necesario para la apertura de esta y además va a correr con todo el riesgo del negocio. Por otro lado, el franquiciador es conocedor de toda la información financiera de sus establecimientos propios y de sus franquicias por lo que está en condiciones de ofrecer una estimación de la rentabilidad de la futura franquicia, si bien, no puede garantizar la rentabilidad del negocio, dado que, conforme la naturaleza de la franquicia, intervienen múltiples factores, algunos de ellos de muy difícil anticipación en la fase anterior a la apertura del negocio franquiciado. Por otro, el franquiciado como empresario autónomo debe asumir el riesgo del negocio, sin que el franquiciador le tenga que dar garantías sobre su rentabilidad.

Si se facilita al franquiciado información financiera durante la fase precontractual, esta tiene que ser “cierta y comprensible”, especialmente cuando proviene de fuentes de información solventes como serían las que se obtiene de sus propios establecimientos o de sus franquiciados, aunque siempre existirán elementos no controlables por el franquiciador como la localización del local, el coste del alquiler, la tipología de los futuros clientes de la zona, la agresividad comercial de la competencia o la propia gestión del franquiciado.

Si el franquiciador, en su labor de captación de potenciales franquiciados, utiliza en la publicidad o en su material de comunicación información financiera orientadora, relativa a la franquicia, esta debe ser reflejo fiel de la realidad.

Recientemente, parece haber un ligero cambio en la jurisprudencia con respecto a la obligación del franquiciador de informar sobre la rentabilidad del sistema, como sería el caso de la Sentencia de 2011 del Tribunal Regional Superior de Hamm (OLG Hamm, 22.12.2011- I-19 U 35/10)<sup>401</sup>, en la que el tribunal que estimó que el franquiciador tenía

---

<sup>401</sup> Sentencia de 2011 del Tribunal Regional Superior de Hamm (OLG Hamm, 22.12.2011- I-19 U 35/10:

la obligación de indicar que la información económica facilitada estaba basada en estimaciones.

La opinión adoptada por el Tribunal Regional Superior de Hamm, que enfatiza la idea de “protección” en lugar de responsabilidad empresarial del franquiciado, fue respaldada recientemente por el Tribunal Regional Superior de Düsseldorf (OLG Düsseldorf, 25.10.2013- I-22 U 62/13)<sup>402</sup>, quién manifestó que el “franquiciador asume un grado especial de cuidado al preparar dichos datos”.

---

“El franquiciador, había presentado una demanda contra el franquiciado por royalties pendientes que ascendían a más de EUR 160,000. El franquiciado defendió el caso argumentando que el franquiciador había incumplido la obligación de divulgación precontractual que le otorga el derecho a retirarse del contrato de franquicia y reclamar daños y perjuicios al franquiciador. El tribunal rechazó la reclamación de pago del franquiciador y declaró que el franquiciado había cancelado legítimamente el contrato de franquicia por motivo de violación de la obligación de información precontractual”.

“Se sostuvo que el franquiciador no le había informado con precisión acerca de la rentabilidad de la franquicia. El franquiciador había estimado la rentabilidad y las cifras de ventas sin tomar en cuenta las características de la ubicación del establecimiento. De acuerdo con la decisión del tribunal, el franquiciador habría tenido que hacer una comparación entre la ubicación planificada de la empresa y otros factores de ubicación. El tribunal consideró que el franquiciador, tenía la obligación de indicar que la previsión de rentabilidad se basaba en estimaciones, ya que el franquiciado no estaba en condiciones de darse cuenta de que las cifras indicadas se proporcionaban sin antecedentes fácticos y sin que un experto las revisara. La reclamación del franquiciador por *royalties* pendientes fue rechazada y, en cambio, se le otorgó al franquiciado el derecho a retirarse del contrato de franquicia. El tribunal confirmó además que, como resultado de la retirada legítima del contrato de franquicia, el franquiciado tendría derecho a daños y perjuicios”.

<sup>402</sup> Sentencia del 2013 del Tribunal Regional Superior de Düsseldorf (OLG Düsseldorf, 25.10.2013- I-22 U 62/1:

El tribunal señaló que “un futuro franquiciado depende normalmente, de la información precontractual proporcionada por el franquiciador, para tener una idea de la sostenibilidad de la operación de franquicia. Con respecto a los datos relacionados con la rentabilidad del sistema, el tribunal declaró que, el franquiciador asume un grado especial de cuidado al preparar dichos datos para un posible franquiciado. Dichos datos e información deben prepararse de manera que el franquiciado pueda crear un pronóstico realista de las oportunidades de negocio de la operación de franquicia. El tribunal señaló, además, que los sistemas de franquicia que operan durante muchos años en un mercado y que, por lo tanto, tienen un gran grado de experiencia con respecto a los hechos y las cifras relevantes para la rentabilidad de la empresa, deben compartir ese conocimiento de una manera general precisa y veraz con el futuro franquiciado”.

La tendencia jurisprudencial descrita anteriormente fue confirmada también, por el Tribunal Regional de Hamburgo en enero de 2014 (*Regional Court of Hamburg*, enero 17, 2014 - 332 O 249/12)<sup>403</sup>, al criticar al franquiciador por haber facilitado una información financiera sobre el futuro establecimiento con base en “la mera esperanza de un desarrollo positivo”.

El Tribunal Regional Superior de Múnich, en su Sentencia OLG München, 16.09.1993 - 6U 5495/92, nuevamente tuvo que decidir si un franquiciador había violado o no la obligación precontractual de informar. En este caso, el tribunal fue más específico en cuanto al tipo de información que se debe proporcionar y definió los siguientes principios rectores que fundamentan la Sentencia:

- 1- El franquiciador debe proporcionar al franquiciado información correcta y completa sobre la rentabilidad del sistema.
- 2- El franquiciador es responsable de los daños ocasionados como resultado de una violación de la obligación precontractual de informar y no se puede atribuir negligencia al franquiciado que, de manera bastante descuidada creyó en el anuncio del franquiciador.

---

<sup>403</sup> Sentencia del Tribunal Regional de Hamburgo en enero de 2014 (*Regional Court of Hamburg*, enero 17, 2014 - 332 O 249/12):

“El tribunal otorgó daños y perjuicios por un monto superior a 150.000 euros al demandante, un franquiciado de una tienda de moda, por motivo de violación de las obligaciones de divulgación precontractual del franquiciador.

El tribunal criticó el hecho de que la propuesta de inversión que preveía una tasa de crecimiento del 5% en el volumen de ventas anual, para el período inicial de cinco años, se basaba en la mera esperanza de un desarrollo positivo del negocio de la tienda en el lugar elegido, en lugar de considerar experiencias reales de otras tiendas de la red en lugares comparables.

Se sostuvo que al no identificar de manera explícita estas circunstancias al franquiciado, el cual era un hombre de negocios con experiencia y había sido dueño de una tienda de moda durante muchos años antes de unirse a la red del franquiciador como franquiciado, el franquiciador era responsable de todos los costos y gastos incurridos por el franquiciado, como resultado de confiar en la información proporcionada y de formalizar el contrato de franquicia”.

De esta Sentencia se desprende que el Tribunal Regional Superior de Múnich, consideró que un posible franquiciado puede ser digno de un mayor grado de protección que otros empresarios.

#### **b- EL CASO AUFINA**

El desarrollo de los requisitos de divulgación de información precontractual específicos se debe a un gran número de fallos judiciales que a lo largo de los años han identificado normas y principios aplicables a dicha fase precontractual de la negociación de un acuerdo de franquicia. Y, aunque debe hacerse la observación general de que, en su totalidad, las sentencias dictadas por numerosos tribunales de primera y segunda instancia no siempre son coincidentes y, en gran medida, muy específicas de cada caso, también es cierto que las ideas y los conceptos que subyacen a esas normas han sido bien elaborados y estructurados por los tribunales.

Es de destacar, que el Tribunal Regional Superior de Múnich (*Oberlandesgericht München*) ha fijado una doctrina sobre qué calidad de información puede esperar recibir un franquiciado de un franquiciador antes de firmar el contrato de franquicia y en qué circunstancias la validez de un contrato de franquicia puede ser impugnada con éxito por falta de información precontractual adecuada.

Según los principios de derecho civil alemán, corresponde a cada parte de un contrato informarse y analizar los pros y contras que se generan por la perfección de este. En 2001, en el *Caso Aufina*, el Tribunal Regional Superior de Múnich (OLG München, 24.04.2001 – 5 U 2180/00<sup>404</sup>) estableció una serie de excepciones a la regla general de que cada parte

---

<sup>404</sup> Sentencia 2001. Caso Aufina, el Tribunal Regional Superior de Múnich (OLG München, 24.04.2001 – 5 U 2180/00:

“*Siempre que, en una determinada situación, existan ciertas circunstancias que sean conocidas solo por una de las partes negociadoras y siempre que la parte que tenga ese conocimiento superior tenga conocimiento (o debería tener conocimiento) de el hecho de que esas circunstancias sean importantes para la otra parte, para tomar una decisión, entonces la parte con conocimiento superior asume la responsabilidad en relación con la otra parte*”.

es responsable de recopilar todo el tipo de información que considere necesaria para evaluar los pros y los contras, los riesgos y los beneficios relacionados con la participación en una relación contractual de franquicia.

Es evidente que era el franquiciador quien tenía un conocimiento superior sobre el negocio de franquicia, que se suponía que debía compartir con el futuro franquiciado antes de la formalización del contrato.

En este Caso, el Tribunal también destacó que cualquier información proporcionada por un franquiciador, incluso si se proporciona sin haber sido solicitada por el posible franquiciado, tiene que ser veraz.

En ese contexto, debe tenerse en cuenta que un franquiciador no está obligado bajo ninguna circunstancia a revelar información sobre cuántas operaciones comerciales de franquiciados fracasaron en el pasado. Sin embargo, existe la obligación de informar si como resultado de tales cierres el sistema de franquicias en su totalidad se encuentra en una situación precaria. Además, si el posible franquiciado solicita específicamente información sobre la tasa de fracaso de los franquiciados en el sistema, el franquiciador debe responderle con precisión.

La Sentencia del *Caso Aufina* está en línea con la tesis de otros órganos judiciales alemanes que consideran que el futuro franquiciado tiene derecho a exigir a toda la información de la cual es conocedor el franquiciador, ya que de dependerá de la importancia y relevancia que esta tiene la decisión final de formalizar o no el contrato de franquicia.

### **c- CARACTERÍSTICAS DE LA INFORMACIÓN**

Si el futuro franquiciado solicita una información específica como, por ejemplo, cuántos franquiciados fracasaron y tuvieron que cerrar en un pasado reciente, el franquiciador tiene obligación de responder facilitándole la información de forma precisa y correcta. Sin embargo, la cuestión que se plantea es hasta qué nivel el franquiciador está obligado a proporcionar dicha información.

El interés legítimo del franquiciador por proteger y no compartir el contenido del *know how* y los secretos del negocio relacionados con el concepto de la franquicia choca con las aspiraciones del potencial franquiciado. Interés igualmente legítimo, justificado por la necesidad de tener una base sólida de información, para poder tomar una decisión fundamentada.

En este contexto, el Tribunal Regional de Krefeld (LG Krefeld, 04.10.2004 - 3 O 243/06) negó la reclamación de indemnización de daños y perjuicios de un franquiciado en la fase de negociación, por haber rechazado la oferta del franquiciador de que se pusiera en contacto con otros franquiciados de la red con el fin de obtener más información sobre el negocio de la franquicia.

En 2002 el Tribunal Regional Superior de Múnich en el *Caso de Personal Total* (OLG München, 01.08.2002) confirmó, una vez más, que cualquier tipo de información facilitada por el franquiciador y, no solo los cálculos de rentabilidad, debe ser veraz. El franquiciador había manifestado que el número promedio de personal necesario era más bajo de lo que realmente era y que el promedio de ventas por empleado era más alto que lo que realmente había sido en años anteriores. El Tribunal dictaminó que el franquiciador engañó deliberadamente al franquiciado y se le concedió una indemnización por los daños y perjuicios causados.

En el supuesto de tan solo poder facilitar un nivel de información limitada por tratarse de una red o franquicia nueva, se recomienda que se documente que se trata de un franquiciador con una o varias unidades piloto y, por tanto, con un nivel de fiabilidad de información bajo, lo que puede redundar en un mayor riesgo empresarial para el franquiciado. Es recomendable consignar esta información en el mismo contrato de franquicia cuando se trata de un franquiciador con menos de cinco unidades.

De la misma manera que los tribunales han definido qué información es tan esencial, como para que surja un deber de informar a un futuro franquiciado, también concretan qué tipo o grado de información no se puede revelar en la fase de negociación precontractual.

Como ya se ha comentado, los tribunales han declarado que, por norma general, un franquiciador no tiene la obligación de proporcionar los cálculos de rentabilidad o un



análisis de la ubicación, ya que es responsabilidad del franquiciado, requiriéndose al franquiciador para que proporcione aquellos datos e informaciones que permitan al futuro franquiciado calcular la rentabilidad del negocio por sí mismo. Sin embargo, si el franquiciador voluntariamente proporciona cálculos de rentabilidad esos cálculos deben ser precisos y veraces. En este contexto, el Tribunal Regional Superior de Dusseldorf (OLG Düsseldorf, 28.02.2007 - VI U (Kart) 27/06) estipuló que los datos proporcionados al potencial franquiciado no deben estar desactualizados, ya que ello constituiría un acto engañoso. El Tribunal dictaminó que proporcionar datos desfasados constituye una violación de la obligación precontractual de informar porque dicha información desactualizada no era representativa y, por lo tanto, no tenía un uso sustantivo para el franquiciado.

Para un posible franquiciado es conveniente saber si el franquiciador está involucrado en un litigio como demandante o demandado. En este caso, solo se requiere que un franquiciador proporcione información detallada sobre los litigios pendientes, en la medida que el resultado de dichos procesos judiciales sea relevante para el potencial de éxito del futuro franquiciado, en cuyo caso sería considerada como información que debe ser divulgada antes de celebrar el contrato.

En ciertos casos, es de esperar que un franquiciado solicite información adicional y el hecho de no hacerlo se podría interpretar como una falta de diligencia por su parte. En un caso resuelto por el Tribunal Regional Superior de Celle, un franquiciador había proporcionado proyecciones estadísticas al futuro franquiciado. Surgió una disputa sobre si el franquiciado estaba suficientemente informado antes de firmar el contrato de franquicia. El Tribunal Regional Superior de Celle (OLG Celle, 29.01.2008 - 13 U 127/07) dictaminó que en caso de que un posible franquiciado necesite más aclaraciones con respecto a las proyecciones estadísticas realizadas por el franquiciador, pero pierde la oportunidad de obtener dicha aclaración por conducta omisiva, el franquiciador no ha facilitado información engañosa y, por lo tanto, no constituye una violación de la obligación de divulgación precontractual.

Del mismo modo, la ocasión no aprovechada del futuro franquiciado de visitar los negocios de otros franquiciados se tiene en cuenta al evaluar el alcance de la obligación de divulgación precontractual del franquiciador, según lo dictaminado por el Tribunal

Regional de Krefeld (LG Krefeld, 04.10.2007 - 3 O 243/06). En ese caso, se ofreció a un franquiciado visitar los negocios de otros franquiciados para obtener más información relacionada con el negocio específico de la franquicia del franquiciador. El acuerdo de franquicia estipulaba que el franquiciador no sería responsable por las ganancias o pérdidas de la operación de franquicia en cuestión. El Tribunal dictaminó que se le había dado al franquiciado, además de todo tipo de datos y materiales preparados por el franquiciador, la oportunidad de hacer su propia investigación y el hecho de no haberlo hecho imposibilitaba imputar responsabilidades al franquiciador por las pérdidas del negocio del primero.

#### **d- LAS MÁSTER FRANQUICIAS**

Las máster franquicias sigue siendo la fórmula preferida por los franquiciadores internacionales, que quieren utilizar en Alemania su modelo de negocio desarrollado para su expansión internacional.

En el caso de una estructura de sub franquicias, corresponde al máster franquiciado facilitar la información precontractual a los sub franquiciados sobre el funcionamiento del modelo de negocio que se franquicia y sus posibilidades de éxito. No obstante, el sub franquiciado tiene acción legal contra el franquiciador si ha utilizado y confiado en la información precontractual del franquiciador y esta contenía información engañosa.

Sin embargo, no existe regulación sobre la información precontractual a entregar. El alcance y contenido dependerá de las necesidades de información de los franquiciados y de las posibilidades de obtener tal información, debiendo el máster franquiciado ofrecer información acerca de la máster franquicia y del reparto de funciones entre el franquiciador y el máster franquiciado. Además, el máster franquiciado debe informar sobre la delegación de derechos que hace a favor suyo el franquiciador, especialmente a lo relativo a marcas y *know how*.

Las obligaciones del deber de informar afectan también a los máster franquiciados desde el momento en que estos empiezan a conceder franquicias, pudiendo utilizar los sub

franquiciados la información facilitada por el máster franquiciado de la enseña en cuestión.

Los máster franquiciados son empresarios a los que no les está permitido actuar por cuenta y representación del franquiciador. Téngase en cuenta que no hay una relación contractual directa entre franquiciador y sub franquiciados. Los sub franquiciados solo pueden efectuar reclamaciones por daños a los franquiciadores por responsabilidad civil o por producto defectuoso (p.e. un producto fabricado por el franquiciador que produce una intoxicación entre los clientes del establecimiento franquiciado).

Por tanto, el máster franquiciador solo es responsable por la entrega de la información precontractual de forma satisfactoria a los sub franquiciados. No obstante, el máster franquiciado tiene derecho a repetir contra el franquiciador si ha utilizado y confiado en los documentos entregados por el franquiciador sobre dicha información precontractual que contenía información engañosa, aunque no siempre es así dado que, según la normativa alemana, al igual que la española, no es materia disponible por las partes la responsabilidad en casos de lesiones a la vida, cuerpo o salud o en casos de culpa grave.

## - FRANCIA

El Código Civil francés introdujo en 2016 una obligación general de informar, según la cual, el franquiciador está obligado a entregar al futuro franquiciado cualquier información que pueda ser relevante para la formalización del contrato de franquicia.

Así pues, el art. 1112-1 del CCf consagra de manera autónoma, independientemente del deber de buena fe y como deber precontractual de carácter general y de orden público, el deber de información. Se considera esencial en el equilibrio de las relaciones contractuales. Es un deber de información precontractual que tiene las siguientes características:

- a- Se refiere a todos los contratos en general y, por tanto, también engloba al de franquicia.
- b- Concreta qué tipo de información debe suministrarse: “la determinante para el consentimiento”.

- c- Se suministrará cuando una parte conozca dicha información y la otra parte la ignore de forma legítima o confíe en la contraparte.

Según el art. 1104 del Código Civil francés, relativo al deber general de información precontractual, que afecta también a los franquiciadores, estipula que estos deben actuar diligentemente y en cooperación con el futuro franquiciado (o el máster franquiciado con el sub franquiciado), lo que conlleva facilitar una información clara y precisa, que será relevante para el futuro franquiciado.

Además, los arts. L.330-3 y R.330-1 del Código de Comercio (*Loi Doubin*) contienen la regulación del deber precontractual de información, de aplicación a todos los contratos en los cuales una persona concede a la otra el derecho a utilizar las marcas, la denominación comercial, los signos distintivos y una exclusividad, para el ejercicio de su actividad.

El franquiciador debe entregar una información precontractual por escrito, con una antelación mínima de 20 días, en relación con algunos de los dos supuestos siguientes y cogiendo como referencia lo que ocurra antes:

- i. La firma del contrato de franquicias.
- ii. El pago por parte del futuro franquiciado de una cantidad antes de la firma del contrato, especialmente si es para conseguir la reserva de una zona geográfica concreta.

Este documento debe contener información veraz, permitiendo al franquiciado comprometerse a través del contrato con pleno conocimiento de los hechos.

El documento de suministro de información debe contener especialmente lo siguiente:

- i. Del franquiciador: el nombre de la empresa, dirección, descripción de su actividad, capital, número de registro, cuentas bancarias, identidad de los accionistas y de los directores y sus referencias profesionales, fecha de creación de la empresa, principales etapas de su evolución en los últimos cinco años, información financiera anual de los dos últimos años o la memoria anual de los dos últimos años si se trata de una empresa pública.

- ii. Sobre la marca: datos del registro, número de registro, fecha de adquisición o en su caso fecha de duración de la licencia.
- iii. Sobre la situación y perspectivas del mercado general y local.
- iv. Sobre la red: lista de las empresas de la red con indicación del método de operación, lista de las empresas ubicadas en Francia (máximo 50) con las cuales el franquiciador a firmado el mismo contrato y las fechas de terminación o renovación, o ambas. Indicación del número de franquiciados que han causado baja en los últimos años, la razón por la cual se dieron de baja e indicación de los locales comerciales dentro del área del futuro franquiciado.
- v. Sobre el contrato: contenido y condiciones de renovación, cancelación y cesión del contrato y alcance de los derechos de exclusividad.

El documento puede hacer mención también al concepto e importe de los gastos e inversiones, en relación con el nombre comercial, marcas o signos distintivos que el franquiciado debe abonar antes de que inicie la actividad de la franquicia.

De acuerdo con la jurisprudencia<sup>405</sup>, la entrega de esta información debe realizarse nuevamente y actualizada en caso de renovación contractual, ya sea expresa o tácita.

Como hemos manifestado con anterioridad, los contratos de franquicia se caracterizan por la transferencia del *know how* de franquiciador a franquiciado. El Código Deontológico Europeo de la Franquicia determina que el franquiciador deberá suministrar formación al franquiciado con el objetivo de transferirle dicho *know how*, lo que implica *per se* una transmisión de información.

Además, los contratos deben sujetarse a los principios generales del derecho de contratos, estando el franquiciador compelido a actuar de buena fe, suministrando al franquiciado durante las negociaciones, la conclusión y desarrollo o ejecución del contrato, toda la información relevante sobre la franquicia, el franquiciado o ambos. En particular, el

---

<sup>405</sup> Cour de cassation, chambre commerciale, 9 juin 1992 – SOCIETE PIGIER (concedant) contre Mme X. (concessionnaire).

franquiciador deberá informar al franquiciado de cualquier cambio en su situación (por ejemplo, una situación de concurso de acreedores).

MENGUY<sup>406</sup> trata en su obra sobre la información contenida en el material publicitario de captación manifestando que “el franquiciador no puede ser responsable por la información contenida en los documentos promocionales que intentan mostrar la mejor cara de este, lo cual es el propósito de este tipo de documentos. Sin embargo, los franquiciadores debe asegurarse que tales documentos promocionales no sean gravemente perjudiciales para los futuros franquiciados”.

No existe en Francia una obligación de proporcionar a los franquiciados informaciones actualizadas durante la relación de la franquicia.

Hay algunos supuestos en los que no es suficiente para el franquiciador con cumplir los requisitos del deber de información del art. L.330-3 del Código de Comercio francés.

De acuerdo con el principio general de la buena fe establecido por el art. 1104 del Código Civil francés y con la obligación general de facilitar información precontractual del art. 1112-1 del Código Civil, el franquiciador puede tener que facilitar información precontractual relevante adicional, como por ejemplo, en caso de que un franquiciado de la misma zona geográfica en la que se vaya ubicar el potencial franquiciado haya presentado un concurso de acreedores dos años antes. Mientras que el contenido del art. R.330-1 del Código de Comercio solo exige que se declare aquellos franquiciados que han abandonado la red en los dos años anteriores.

La Federación Francesa de Franquicias aprobó un código ético, el cual fue sustituido por el de la Federación Europea de la Franquicia, , si bien sigue teniéndose en consideración por los tribunales franceses<sup>407</sup>.

---

<sup>406</sup> MENGUY, G. (2016). « *Franchising in France...* ». Op. Cit. Pág. 4.

<sup>407</sup> *Federation Française de la Franchise*. (2018). Recuperado el 04 de mayo de 2018, de <https://www.franchise-fff.com>

El art. 1112-2 CCf, se refiere al deber de confidencialidad determinando que “quien utilice o divulgue sin autorización una información confidencial obtenida con ocasión de las negociaciones compromete su responsabilidad en las condiciones del derecho común”.

Nótese que el incumplimiento de este deber de información puede acarrear la nulidad del contrato por vicio en el consentimiento.

En relación con las máster franquicias, tampoco existe regulación legal en Francia. Sin embargo, el art. L330-3 del Código de Comercio francés es aplicable a “cualquier persona que suministra a otra el su uso, la denominación social y la marca comercial”. Por lo tanto, le corresponde al máster franquiciado, como parte contratante, entregar la información precontractual, con al menos 20 días de antelación a la formalización del contrato de sub franquicia o al momento en que se realiza cualquier pago o inversión en relación con la sub franquicia.

El art. L.330-3 exige que toda la información relevante que se entregará al sub franquiciado sea verídica, permitiendo a este formar adecuadamente su voluntad contractual, con pleno conocimiento de los hechos, para que pueda prestar libremente su consentimiento a la firma del contrato. Esta información estará integrada principalmente por el nombre del franquiciador, su dirección, número de registro, referencias profesionales, identidad de los directivos o la fecha de la creación de la empresa.

En el supuesto de que existan obligaciones directas entre franquiciador y sub franquiciado, la información precontractual debe ser entregada por el franquiciador.

Tampoco existe en Francia una norma legal que regule el reparto de eventuales responsabilidades entre franquiciador y máster franquiciado. Sin embargo, aunque el máster franquiciado esté directamente expuesto a dicha responsabilidad para con el sub franquiciado, debe imputarse responsabilidad al franquiciador si facilitó información errónea directamente al sub franquiciado o al máster franquiciado.

### 3. ASIMETRÍAS INFORMATIVAS

En los contratos de franquicia se observa, con bastante frecuencia, asimetrías de información y de poder entre las partes. En buena medida, el factor determinante es la economía subjetiva de las partes implicadas. Así las cosas, los franquiciadores suelen ser grandes empresas multinacionales, mientras que los franquiciados acostumbran a ser pequeños o medianos empresarios interesados en lograr firmar un contrato de franquicia con los franquiciadores, propietarios de la marca y del modelo de negocio. En este sentido, GARCIA RUBIO<sup>408</sup> argumenta con gran maestría que “es evidente que la accesibilidad ex ante no es idéntica en todos los contratos y es especialmente dificultosa en algunos tipos si la otra parte no la facilita. Por ello, el deber de información precontractual ha de ser tanto más intenso para una de las partes, cuanto menos accesible sea para la otra conseguir por vías diversas la citada información”.

Asimetrías que en la fase precontractual deben reducirse mediante el cumplimiento del deber de información, que, recordemos, es especialmente intenso para el franquiciador. Si bien en derecho español, este deber afecta únicamente al franquiciador, cabe estimar que, invocando la aplicación del principio general de la buena fe, también resulte extensible este deber al propio franquiciado.

Así pues, el deber de informar, concretado en el art. 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, es un instrumento de protección de la parte presumiblemente más débil en la contratación mercantil de la franquicia, que es el franquiciado, cuya posición negocial se considera que se encuentra en una situación de desventaja, porque en el tráfico mercantil suele suceder que no es capaz de tutelar adecuadamente sus propios intereses durante la negociación del contrato.

Y es también consecuencia de una transformación en la concepción sobre el derecho privado en aras de modernizarlo y darle un cariz más humanista y social dando cabida a principios como el de igualdad entre las partes. Para ello, se utiliza la técnica de imponer el suministro de información para evitar los riesgos derivados de las asimetrías

---

<sup>408</sup> GARCÍA RUBIO, M. P. (2010). “La responsabilidad precontractual en la propuesta...”. Op. Cit., Pág. 165.



informativas existentes en los contratos de franquicias, a través de la intervención estatal, A pesar de ser una técnica intervencionista es la menos disruptiva en términos de libre mercado.

En todo caso, debemos manifestar que esta es una visión sesgada de la problemática de la necesidad de comunicación de información, ya que, si bien la normativa solo tutela a la parte débil que es el franquiciado, la realidad nos demuestra que ambas partes están sometidas a riesgos jurídicos en la fase precontractual, que pueden ser reducidos o eliminados a través de la transmisión mutua de una información completa y veraz. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil corrige esta deficiencia, ya que cuando se refiere al deber de información en ámbito precontractual se refiere a “las partes” y no únicamente a franquiciado.

### **3.1 IGUALDAD Y DESIGUALDAD**

Según la filosofía liberal o individualista decimonónica de nuestro Código Civil se consideraba se debía tratar a las partes de un contrato como si estuvieran en igualdad de condiciones, ya que se daba por entendido que cada parte estaba en condiciones de tutelar sus propios intereses. Manifestando DE LA MAZA GAZMURI<sup>409</sup> que este posicionamiento “ha sido parcialmente abandonado en ciertas relaciones contractuales, en las que se da por supuesto el caso contrario, o sea, que debe tratarse a las partes como si no estuvieran en igualdad de condiciones”.

Según la mejor doctrina (DÍEZ-PICAZO, CASTRO, BRAVO y LACRUZ)<sup>410</sup>, el modelo de contrato que consagra el Código Civil español “está basado en la igualdad de las partes y en la libertad de estas para contratar”; considerándose al respecto que “cada una de las

---

<sup>409</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I. (2009). *Los límites del deber precontractual de información*. Civitas - Thomson Reuters. Págs. 106 y ss.

<sup>410</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Teoría del Contrato*. Sexta Edición. Civitas - Thomson Reuters. Pág.139.  
CASTRO Y BRAVO, F. (1982). *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*. ADC, Vol. 35, Nro. 4, 1052. Págs. 1051-1067  
LACRUZ BERDEJO, J. L. (2007). *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones. Teoría General del contrato*. Madrid: Dykinson.

partes deberá buscarse su propia información”, con la excepción de algunos supuestos de deberes precontractuales de información.

Pero, en definitiva, se trata de una igualdad ficticia ya que es fácil entender que no todas las partes que intervienen en la formación de un contrato saben o pueden saber defender sus propios intereses con el mismo nivel de eficacia, por lo que se está ante una igualdad normativa pero ficticia en realidad. Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ<sup>411</sup> pone en evidencia que “del equilibrio de prestaciones y contraprestaciones al que se llega a través de las negociaciones -por hipótesis equilibradas- constituye la mejor garantía de que los intereses de las partes estarán debidamente protegidos durante todo el *iter* contractual”. Aunque, estas no se pueden dar “por hipótesis equilibradas”, dado que en el contrato de franquicia de suelen dar con frecuencia importantes asimetrías.

En algunas relaciones contractuales estas desigualdades se han radicalizado con el paso del tiempo, por lo que, en estos casos, llegan a ser insuficientes las normas de nuestro vetusto Código Civil.

### 3.2 DÉFICIT DE INFORMACIÓN Y RACIONALIDAD IMPERFECTA

En las relaciones precontractuales del ámbito de las franquicias los errores de una de las partes no solo se explican por falta de información, sino también por problemas de racionalidad imperfecta. En este sentido, MORALES MORENO<sup>412</sup> declara que “la racionalidad imperfecta es la causa más compleja que explica la presencia de asimetrías informativas. Uno de los casos en que se puede ilustrar tal afirmación es en los contratos de adhesión. Las asimetrías informativas y de poder entre las partes del contrato acentúan sus efectos en los contratos de adhesión, donde el franquiciado con escasa formación y

---

<sup>411</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1994). Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones. *ADC*, Vol. 47, Nro. 1, Pág. 34.

<sup>412</sup> MORALES MORENO, A. M. (2010). *Los límites del deber precontractual de información*. Cívitas - Thomson Reuters. Págs. 113-118.

experiencia en el mundo del tráfico empresarial acepta, sin un adecuado conocimiento, un clausulado conteniendo condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas con sus respectivas consecuencias, siendo incapaz el adherente de ponderar adecuadamente la información que recibe”.

Llegados a este punto, es necesario comprender las nociones de falta de información y la racionalidad imperfecta. En el supuesto de falta de información una de las partes omite dar información a la otra, bajo la premisa de que la parte que debía haber informado se encontraba en mejores condiciones para acceder a ella y, por tanto, se le impone el deber de facilitar dicha información a la parte que tiene más dificultades para acceder a ella. Respecto del concepto de racionalidad imperfecta, la causa que explica las asimetrías informativas es más compleja. En este supuesto, se parte de la premisa de que la información sí se facilita por parte del franquiciador, pero el franquiciado no hace buen uso de ella, dado que la desigualdad existente entre las partes es manifiesta. El origen de esta desigualdad reside en que una de las partes es conocedora de la totalidad del negocio a franquiciar y la otra solamente conoce algunas particularidades del mismo, limitándose a aceptar o rechazar el negocio jurídico.

En los contratos de adhesión, como es el caso del contrato de franquicia, la posibilidad de incorporación de cláusulas abusivas tiene una relación directa con la vulnerabilidad o debilidad de la parte adherente. La presencia de cláusulas abusivas en estos contratos es frecuente, por la propia naturaleza de la relación negocial de dominio de una parte sobre la otra y de la propia naturaleza de las características de las partes.

El deber de información tiene una serie de limitaciones, que podemos concretar de la siguiente forma: en primer lugar, nos encontramos con las limitaciones fácticas derivadas de los costes de obtener la información que el franquiciador debe aportar al franquiciado, que serán muy bajos, dado que lo habitual es que ya disponga de esta, si bien, pueden tener cierta entidad si la información se tiene que obtener a través de la preparación de la información a facilitar o de una contratación externa. La segunda limitación fáctica, tiene que ver con las capacidades computacionales limitadas de los seres humanos, sus prejuicios, la subestimación de sus riesgos o la sobreestimación de sus capacidades. En estos casos el potencial franquiciado receptor de tal información no siempre utilizará adecuadamente la información que se le suministra durante la fase precontractual. Por otro lado, tenemos las limitaciones normativas, que derivan del ordenamiento jurídico,

cuando el legislador considera como en el caso de las franquicias, de que las desigualdades existentes entre las partes contratantes justifican la imposición de un deber precontractual de información. En este caso, tal como manifiesta DIEZ-PICAZO<sup>413</sup>, “el principio de que cada parte debe protegerse a sí misma y por tanto procurarse su propia información, se invierte, lo que supone que una de las partes debe tutelar los intereses de la otra suministrándole información”.

La conclusión es que las partes de un contrato no pueden ser tratados como incapaces, liberándolos de la responsabilidad por sus propias decisiones, que, en definitiva, es lo que se conoce como el “principio de autorresponsabilidad”. Este principio se traduce en el ámbito contractual en que una parte que pudiese procurarse la información por sí misma, no podría tratar de imponer un deber de información a la otra parte contratante.

Podemos concluir que durante las negociaciones de un contrato de franquicia existe, en la gran mayoría de casos, asimetrías de información, que precisan, por un lado, la tutela de legislador, pero por otro lado, en virtud del principio de autorresponsabilidad y en función las características subjetivas de las partes estas deben procurarse la información que precisan, pues se espera de ellas un comportamiento conforme a la diligencia debida, especialmente por parte del franquiciador, que es quien tiene la información y los medios para obtenerla a un bajo coste.

## **4. LA BILATERALIDAD DEL DEBER DE INFORMACIÓN**

### **4.1 CONSIDERACIONES GENERALES**

Si bien es un hecho incontrovertido que, en el ámbito de la franquicia, existen asimetrías informativas y de poder entre las partes del contrato, siendo el franquiciado la parte débil

---

<sup>413</sup> DIEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Teoría del Contrato. Sexta Edición*. Chivitas. Págs. 312-313.

de la relación, no se puede obviar que el franquiciador asume también riesgos relevantes derivados de la incorporación a su red de un futuro franquiciado y que solo pueden ser reducidos o eliminados a través de la transmisión de información “veraz y no engañosa”. Sin embargo, este deber de informar se atenúa porque deben ser proactivas en obtener la información que precisen con base en el principio de autorresponsabilidad.

Si bien puede existir cierta información, no considerada por ley especial, que por sus características sea de muy difícil averiguación por la contraparte y que, de conocerla, esta última decidiría no contratar. En este caso, y como hemos adelantado con anterioridad, sería el principio general de la buena fe el que impondría un deber de entrega por parte del que la conoce y no la suministra. Principio que, como sabemos, preside la actuación de las partes en toda la fase precontractual.

Para poder valorar la conveniencia de una bilateralidad codificada del deber de información en el ámbito de la franquicia, además de la regulación vigente en el ámbito nacional, deberemos considerar el tratamiento que al respecto se hace en *soft law* de derecho contractual europeo e internacional y en derecho comparado.

#### **4.2 EN *SOFT LAW* DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO E INTERNACIONAL**

A- LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS (PECL): no contienen de una forma explícita un deber de informar. De todas formas, a través de una interpretación del art. 4:107 referido al dolo, se puede inferir que existe tal deber con carácter **bilateral**, cuando establece que un incumplimiento malicioso y, por tanto contrario, a la buena fe puede derivar en un dolo omisivo, al determinar que “una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.” Por otro lado, su art. 1:201, impone a las partes un deber de actuar de buena fe, al concretar que “cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe”.

Por todo, cabe concluir que, aunque no exista un precepto específico que regule el deber de información, se puede deducir de los preceptos comentados que existe un deber bilateral de información, si bien sin concretar el contenido de tal deber.

A- El PROYECTO DE PAVIA: establece en su art. 7.1 referido al “deber de información”, para ambas partes y con carácter general, una obligación de informar con carácter bilateral, durante la fase de tratos preliminares.

El documento prevé una **bilateralidad** del deber de informar, con sentido amplio, ya que no lo concreta, pero enmarcado dentro de unos conceptos generales.

B- LA LEY MODELO UNIDROIT: no contempla la obligación de informar por parte del franquiciado, siendo único obligado el franquiciador. Si bien en su art 1.7 referido a “buena fe y lealtad negocial” se establece que “las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional”. Con lo que se puede considerar implícito dentro este principio un deber **bilateral** de información.

C- EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA: en su art. IV.E-4:102<sup>414</sup>, referido a la franquicia, se obliga al franquiciador a que proporcione una determinada información detallada y tasada durante la fase precontractual y relacionada con determinados aspectos de la franquicia. Y el principio de buena fe contenido en el art. II. 3:301 vertebrará una forma de actuar durante las negociaciones, obligando a ambas partes a informarse mutuamente. Pudiendo concluir la existencia de una **bilateralidad** en relación con este deber.

### 4.3 EN DERECHO COMPARADO

---

<sup>414</sup> Art. IV.E-4:102 MCR, “Información previa al contrato: 1) El deber previsto en el Artículo 2:101 (Deber precontractual de información) del Título E del Libro IV exige que el franquiciador proporcione al franquiciado información adecuada y oportuna sobre: (a) la sociedad y la experiencia del franquiciador; (b) los derechos de propiedad intelectual pertinentes; (c) las características del Know-How pertinentes; (d) el sector comercial y las condiciones del mercado; (e) el método concreto de franquicia y su funcionamiento; (f) la estructura y alcance de la red de la franquicia; 3) Las partes no podrán excluir la aplicación de lo dispuesto en el presente Artículo ni restringir o modificar sus efectos”.

- A- EEUU: La FTC, a través de la *FTC Rule*, exige que todo potencial franquiciado esté suficientemente informado antes de adquirir una franquicia y, para ello, el franquiciador deberá entregarle el Documento de Información de la Franquicia (FDD). En su virtud, la normativa tutela al franquiciado, incorporando deber de información al franquiciador que, deberá estar al igual que en España, presidido por el principio general de la buena fe.
- B- GRAN BRETAÑA: no hay ninguna norma que regule el contrato de franquicia ni el deber de información precontractual en el ámbito de la franquicia. No obstante, el art 3 del *British Franchising Association Code* obliga a la divulgación completa de todo el material de información en relación con la franquicia, por parte del franquiciador, dentro de un tiempo razonable antes de la formalización de los documentos vinculantes. Además, el derecho inglés es contrario a la imposición de un deber general de información con base en la buena fe. Así pues, según el *BFA Code* existe un deber unilateral de información por parte del franquiciador.
- C- ITALIA: el art. 4 de la *Legge 129/2004* regula un deber del franquiciador de facilitar un dossier de información. Por otro lado, el art. 6.2 establece un deber de información del franquiciado consistente en comunicarle todo aquello que sea necesario para concluir el contrato, aunque no sea requerido por el franquiciador. Así pues, el ordenamiento jurídico italiano prevé un deber de información claramente **bilateral**.
- D- ALEMANIA: a diferencia de otros países de la UE, en Alemania no existe una regulación sobre el deber precontractual de información de un futuro contrato de franquicias. Debemos atenernos a lo que se establece en el párrafo 3.3 del Código de Ética de la Asociación Alemana de Franquicias, que determina que “con el fin de permitir que futuros franquiciados decidan sobre acuerdos vinculantes con pleno conocimiento de todos los hechos, recibirán antes de la firma de un acuerdo vinculante una copia del código de conducta válido, así como la divulgación por escrito completa y precisa de toda la información. y documentos relevantes con relación a la franquicia”. En Alemania, por tanto, no existe una norma que regule ni tan solo una obligación unilateral del deber de informar por parte del franquiciado y las partes

tienen que actuar guiados por el Código de Ética de la AAF, que establece una tutela **bilateral** explícita, reforzada por la jurisprudencia y fundamentalmente por al principio de la buena fe.

✉ FRANCIA: el art. L-330-3 del Código de Comercio francés determina que la parte que conoce la información que es crucial para la formación del consentimiento de la otra parte debe informar a la contraparte si esta está legítimamente desinformada. Y, finalmente, el art. 1104 del Código Civil Francés establece el principio general de la buena fe en la negociación de los contratos, lo que vienen a reforzar este deber de información. Así pues, existe en el ordenamiento jurídico francés un deber de información **bilateral**.

#### 4.4 RECAPITULACIÓN

De acuerdo con lo comentado, en relación con la regulación española, si bien la normativa actual vigente en el ámbito de la franquicia establece un deber de información de carácter unilateral, tutelando exclusivamente al franquiciado, la PMCC, el APLCM y el Código Deontológico Europeo de la Franquicia, dotan a este deber de carácter bilateral o recíproco.

En relación con el *soft law* de la contratación, inspirador del derecho europeo de los contratos, tanto los PECL, como el MCR, como el Proyecto de Pavía, como la Ley Modelo UNIDROIT, ofrecen una tutela para ambas partes del futuro contrato de franquicia durante la fase precontractual estableciéndose, por tanto, un deber de información bilateral.

En relación con los ordenamientos jurídicos de derecho comparado, Alemania, Italia y Francia, ofrecen una bilateralidad en relación con el deber de información, mientras que, en EEUU y Gran Bretaña, el criterio que prevalece es el de la unilateralidad.

Así pues, en relación con el deber de información precontractual, y según nuestro criterio, no es suficiente con el deber unilateral en favor de la parte débil, tal cual establece nuestro ordenamiento jurídico actual referido a la franquicia, ya que, en relación con el



franquiciador, aunque siéndole exigible una diligencia debida, en ciertos supuestos puede no ser suficiente para conocer cierta información del franquiciado que, de haberla conocido, no hubiera contratado.

Por tal motivo, consideramos necesario que, en nuestro proceso modernizador del derecho de obligaciones y contratos, se incluya un deber bilateral de información, fundamentado en el principio de la buena fe, que debería estar necesariamente presente en el clausulado de la formación del contrato o al referirse al deber de información.

## **5. FUNDAMENTO Y OBJETO DEL DEBER DE INFORMACIÓN**

### **5.1 FUNDAMENTO**

El fundamento esencial de la obligación de informar en el ámbito de la franquicia es el principio de la buena fe, el cual, tanto en la fase precontractual como en la contractual, presidirá las relaciones entre las partes, especialmente cuando estas se caractericen por un sustancial desequilibrio informativo, como sería el caso de franquicias con grandes operadores internacionales en la posición de franquiciadores.

La obligación de informar, analizada desde la vertiente positiva, se divide en dos apartados:

- a- La obligación de informar sobre el clausulado del contrato y su significado y, en especial, a las abusivas contenidas en las Condiciones Generales.
- b- La obligación referida al objeto del contrato.

### **5.2 OBJETO**

En relación con el objeto, es necesario tener en cuenta la siguiente consideración: en el contrato de franquicia, aun cuando en el art. 3 RD 201/2010 se detalla el contenido de la

información que el franquiciador debe suministrar al franquiciado, esta no es toda la información que el franquiciado precisa para la adecuada formación de su consentimiento contractual. Respecto de la información que el franquiciado debería suministrar al franquiciador, la norma no lo regula, por lo que el franquiciador debe atenerse al principio de la buena fe. Parte de esta información es de difícil concreción por la norma, dada la imposibilidad de establecer su contenido y extensión.

Por otro lado, la obligación de información del art. 3 RD 201/2010 contiene los siguientes aspectos:

- a- Uno negativo, según el cual el obligado a informar debe evitar informar erróneamente.
- b- Uno positivo, consistente en que el obligado debe transmitir toda la información exigible, que es la que las partes precisan para formar adecuadamente el consentimiento contractual.

Pudiendo concluir que el contenido del deber de información es el que surge de conocer si el futuro receptor de la información no hubiera contratado de haberla conocido

La obligación de información debe vincularse con la diligencia debida por ambas partes, especialmente la del franquiciador, razón por la cual nuestro derecho positivo solo considera la tutela del franquiciado.

En relación con el objeto de la obligación o contenido de la información a suministrar, cabe considerar aquella información que debe conocer el franquiciado durante la fase precontractual, y que, en lo esencial, dependerá de las características personales de este, del tipo de franquicia, de las condiciones de la franquicia, del franquiciador, etc. Lo que sucede en la praxis es que la información que el franquiciador tiene que de suministrar y que está tasada en por la norma, no resulta suficiente para lograr una adecuada tutela de la posición negociadora del franquiciado, por lo que. para conseguir aquella información adicional que precisa para formar adecuadamente su consentimiento, deberá ampararse en el principio general de la buena fe que consagra el art. 7 CC.

Entre la información adicional que el franquiciado precisa para reducir los riesgos que implica la contratación y poder formar adecuadamente su consentimiento, debemos considerar la siguiente:

- a- La fortaleza del concepto de franquicia y de la marca para atraer consumidores y, en definitiva, de su capacidad de facturar.
- b- Los conflictos judiciales existentes o pasados del franquiciador con los franquiciados integrados en la red de franquicias.
- c- Las economías de escala relativas a los aprovisionamientos que controla el franquiciador y cómo se va a beneficiar el franquiciado.
- d- La estructura organizativa del franquiciador y su capacidad de dar asistencia técnica y formación a los franquiciados.
- e- La capacidad del franquiciador de generar campañas de publicidad y promociones notorias y eficientes.
- f- Que la información que le suministrara esté debidamente actualizada.
- g- La máxima información acerca del futuro contrato de franquicia. De aquí se desprende que el franquiciado debería poder solicitar al franquiciador un ejemplar estándar del contrato de franquicia.

En relación con la información que el franquiciado precisa, ESPALIAT CANU y ESPALIAT PLANAS<sup>415</sup> declaran que “el franquiciado debe dedicar todo el tiempo que sea necesario, en la búsqueda de la información que precise, sin precipitaciones ya que está en juego el hecho de acertar o equivocarse en la elección de la franquicia, donde va a exponer una gran parte o todos sus ahorros. En primer lugar, deberá centrarse en el sector, en el que va a buscar la franquicia. En segundo lugar, deberá buscar el franquiciador que más le interesa dentro del sector seleccionado y finalmente deberá iniciar todas las averiguaciones sobre el franquiciador”.

En relación con las características de la información a suministrar, DIEZ-PICAZO<sup>416</sup> expone que “(...) la información facilitada sea veraz, o por lo menos responda al

---

<sup>415</sup> En este sentido, ESPALIAT CANU, M., & ESPALIAT PLANAS, P. (2002). *Franquicia: una alternativa de trabajo independiente*. Dykinson. pp. 35-43.

conocimiento que la parte que la suministra pueda tener al respecto. Es manifiesto que las normas legales en vigor imponen a los profesionales determinados deberes de informar de las características y riesgos de las actividades contractuales que luego se deben desarrollar”.

Por su parte, el franquiciador necesita conocer del franquiciado, entre otros aspectos, información sobre su capacidad económica y financiera, su capacidad de gestión empresarial, sus dotes de emprendimiento y del comportamiento ético de sus actuaciones, tanto en el ámbito personal como profesional.

Se deberá informar también a la otra parte, si la que atesora la información constata que dicha información es valiosa para la otra parte; i en especial, si aprecia una imposibilidad o dificultad de auto informarse de la parte que requiere de dicha información. En estos supuestos, la parte que disponga de la información tendrá un deber específico de darle respuesta con una información veraz. En este sentido, es interesante la reflexión de GOMEZ CALLE<sup>417</sup>, para quien los contratos basados en una especial relación de lealtad o confianza entre las partes como sería el caso de los de distribución y más concretamente los de franquicias, los elementos personales pueden jugar un papel relevante, por lo que “cualquier circunstancia que afecte a las cualidades personales antes de contratar habrá de ser puesta en conocimiento de la otra parte que contaba con ellas”.

En este sentido, es de resaltar la STS nº798/2007 de 11 de julio<sup>418</sup>, que hace las siguientes interesantes aportaciones jurisprudenciales: 1) los contratos de distribución y, por

---

<sup>416</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho ...*. Pág. 312. En este sentido también Llobet y Aguado, J. C. (1996). *El deber de información en la formación de los contratos*. Marcial Pons, p. 42.

<sup>417</sup> GÓMEZ CALLE, E. (1994). “*Los deberes precontractuales...*”. Op. Cit. Págs. 102-105.

<sup>418</sup> STS nº798/2007 de 11 de julio (ROJ: STS 5021/2007; Id. Cendoj: 28079110012007100831); Recurso: 2993/2000; Ponente: Francisco Marín Castán; Fundamento de Derecho Segundo: “En un contrato de colaboración empresarial continuada, como es el de distribución, cada parte debe facilitar a la otra toda la información que, sin traspasar los límites del secreto empresarial digno de protección, propicie los mejores resultados para ambas partes, ya que lograr el máximo de ventas es un interés común a ambas partes contratantes”. “(...) Al no hacerlo faltó a su deber de lealtad, especialmente exigible en el contrato de distribución (...)”.

extensión, los de franquicia como una modalidad de aquellos , son contratos de colaboración empresarial continuada; 2) las partes deben informarse mutuamente; 3) las partes deben facilitarse información durante la fase precontractual con base en el principio de la buena fe; y 4) el deber de información tiene como límite los secretos empresariales dignos de protección. Y que aunque el Tribunal no entro a definir lo que entendía por “secretos empresariales”, estos fueron descritos y ampliamente tratados por la posterior Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales<sup>419</sup>.

## **6. FUNCIÓN Y FINALIDAD DEL DEBER DE INFORMACIÓN**

El deber de informar obliga a las partes a suministrar información de lo que conoce si la contraparte no dispone de los medios para informarse o ve imposible obtenerla, lo cual explica su función más esencial que consiste en coadyuvar al restablecimiento de la igualdad entre las partes; lo que en opinión de LLOBET AGUADO<sup>420</sup> “es un principio sobre el que reposa el dogma de la autonomía de la voluntad”.

Este desequilibrio informativo que normalmente se da en los contratos de franquicia puede tener dos orígenes distintos:

---

### **<sup>419</sup> Art. 1 Objeto:**

“1. El objeto de la presente ley es la protección de los secretos empresariales. A efectos de esta ley, se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones: a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas; b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto”.

<sup>420</sup> LLOBET AGUADO, J. C. (1996). El deber de información en la formación de los contratos. Marcial Pons. Pág.41..

- a- Según la tipología de contrato: en los contratos de adhesión de franquicia podemos encontrar cuando la posición del franquiciador está ocupada por un gran operador internacional y el franquiciado es un pequeño emprendedor o una pequeña empresa se impone en el contrato un clausulado estándar, largo y complejo, el cual en su mayor parte no es negociable e incluso de difícil comprensión para el franquiciado. La falta de información existente en algunas o todas estas cláusulas da lugar a una ausencia de consentimiento del franquiciado y, por tanto, a la nulidad del contrato.
  
- b- El segundo origen lo encontramos en las circunstancias de los contratantes. De tal forma si uno de ellos conoce un elemento que la contraparte tiene interés en conocer y que desconoce de forma legítima, estará obligado a facilitar dicha información.

Los deberes de información son necesarios para garantizar el principio de libertad contractual, en tanto que están diseñados para asegurar el consentimiento fundamentado de la parte contratante. Por otro lado, es factible encontrar, aunque con menor frecuencia, construcciones normativas en las cuales la regulación del deber de información se presenta como lo opuesto a dicha libertad contractual. También se podría argumentar que las fuerzas del mercado, bajo ciertas condiciones, inducen a la divulgación de la información sin la necesidad de la intervención de la regulación.

Podemos llegar a distinguir, al menos, cinco propósitos o finalidades principales del deber de información, en relación con la franquicia<sup>421</sup>:

---

<sup>421</sup> WILHEMSSON, T., & TWIGG-FRESNER, C. H. Members of the Acquis Group. (2006). Precontractual information duties in the *acquis communautaire*. *European Review of Contract Law*, Vol. 2, Núm. 4, Págs. 442-470. Como parte del trabajo hacia un Marco Común de Referencia sobre Derecho Contractual Europeo (CFR). El Grupo Acquis está examinando las reglas existentes del Derecho privado de la CE para identificar qué principios (si los hay) pueden formar la base de estas medidas. Este trabajo complementará el trabajo compartido realizado por el Grupo de Estudio (*Study Group*). Los autores analizan los desafíos planteados por el "enfoque del *acquis*" y lo ilustran con su trabajo sobre el establecimiento de principios sobre la información precontractual. En opinión de los autores "El deber de proporcionar información, es decir, el deber

- a- El de proteger el consentimiento de las partes, siendo este el enfoque típico del paradigma contractual tradicional, de acuerdo con el cual, el derecho contractual debería intentar dotar a las partes con información suficiente para que el contrato se concluya con un consentimiento bien informado.
- b- El de proporcionar conocimiento sobre el comportamiento racional del mercado en un sentido más general, en el que la parte que busca contratar necesita información no solo para estar bien informada para las negociaciones con la contraparte, sino que además puede ser de ayuda también para poder elegir a entre varias opciones disponibles en el mercado.
- c- Como mecanismo para mantener la transparencia informativa, ya que tanto las obligaciones precontractuales como las contractuales de informar, si se cumplen a través de la utilización de los formularios escritos (caso de la *Franchise Disclosure Document* de EEUU), pueden tener como objetivo principal garantizar que la información relativa al contrato esté disponible para ambas partes.
- d- Como medida de protección, a través de la cual se puede lograr un contenido justo del contrato.
- e- Puede ser el fundamento de un deber moral de honestidad. En el seno de una sociedad y de un mercado que en general funcionen bien la ley puede querer subrayar el valor de la honestidad. Puede ser importante sancionar el comportamiento que se consideraría moralmente no aceptable, como aprovecharse en beneficio propio deliberadamente la falta de conocimiento de la contraparte.

---

de mejorar la transparencia al proporcionar automáticamente ciertos elementos de información a la otra parte se basa en un conjunto diferente de propósitos. Incluso si este deber también tiene una relación con el propósito de proteger el consentimiento, el enfoque obviamente más general es dotar a la otra parte para un comportamiento racional del mercado. Como los deberes de proporcionar información generalmente se usan de manera protectora, el propósito subyacente de tales normas es a menudo también contribuir a la imparcialidad sustancial del contrato.

La naturaleza y el contenido de las normas sobre deberes de información precontractual obviamente varían según el propósito que uno quiera enfatizar en cada contexto.

El deber de revelar información, es decir, el deber de revelar algo que la parte hubiera preferido ocultar, obviamente se relaciona predominantemente tanto con el propósito de apoyar un deber moral de honestidad como con la protección de un consentimiento real de la otra parte. Así como, los deberes de revelar información se relacionan con visiones sociales sobre la honestidad y el paradigma general del contrato consensuado, pueden justificarse sin ninguna referencia a la necesidad de proteger a la parte más débil de la relación contractual.

En los casos en que surgen necesidades de tutela o protección de los intereses de una parte del contrato, como en la franquicia, el deber de revelar información tiene que ser más severo, siempre y cuando sea necesario para contribuir al propósito mencionado anteriormente de lograr un contenido justo del contrato. De hecho, los deberes de información precontractual pueden ser muy relevantes en las relaciones precontractuales complejas, como en los que se dan en la franquicia, dados los importantes riesgos que ambas partes asumen.

## **7. OFERTA E INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL**

La oferta debe contener todos los elementos necesarios del contrato, por lo que la inexistencia de esta información en el clausulado del contrato conlleva su nulidad por falta de consentimiento (arts. 1261 y 1262 CC), pudiendo tener dicha información un carácter tanto objetivo (elementos esenciales) como subjetivo (condiciones sustanciales). Y todo lo que no sea esencial será accesorio, todo y que, si una de las partes así lo considera, puede convertir un elemento accesorio en una condición sustancial del contrato, llevando como consecuencia el hecho de que el contrato no pueda darse por formalizado si no hubiese acuerdo sobre ese punto.



De esta forma, en el ámbito de la franquicia, para asegurar la integridad del consentimiento, el franquiciador deberá incluir en la oferta no solo los elementos esenciales impuestos por ley, sino también las condiciones impuestas por la voluntad del franquiciador.

No es suficiente que el que emite la oferta incorpore en esta información sobre los elementos esenciales. Ha de incluir también las condiciones esenciales y dicha información debe ser inteligible para la contraparte, siendo esta más necesaria cuando se trata de un contrato complejo como el de franquicia, con el objetivo de impedir errores relacionados con la naturaleza del contrato.

En relación con este tema, LLOBET AGUADO<sup>422</sup> pone de manifiesto que “para asegurar la integridad del consentimiento del aceptante, el legislador puede imponer una obligación de información por medio de dos técnicas distintas: i. exigencia de un acto escrito o de emisión de determinados documentos, como sería el caso de la franquicia; o ii. inserción en el contrato de determinadas menciones con carácter obligatorio”.

## **8. LOS PRINCIPIOS DEL DEBER DE INFORMACIÓN**

Tal y como se deduce de lo aportado, los principios básicos inspiradores del derecho de información son el de la buena fe, el de seguridad jurídica y el de autorresponsabilidad. Siendo este último en el que se fundamenta el *Common law* y que parte de la premisa de que “cada parte debe procurarse la información que le sea accesible”.

---

<sup>422</sup> LLOBET Y AGUADO, J. C. (1996). El deber de información en la formación de los contratos. Marcial Pons. Pág.72.

En este sentido, estimamos relevante la acertada opinión de DE LA MAZA GAZMURI<sup>423</sup>, que pone de relieve que “en este deber de informar, las partes deben comportarse de forma honesta durante la negociación, fundamentada en la lealtad contractual o en el principio de la buena fe, que se espera de ellos en esta fase de tratos preliminares”. Así mismo, DIEZ-PICAZO<sup>424</sup> indica que “la existencia de una especial confianza, propia de los contratos de colaboración va a determinar un deber de información en la fase precontractual, fundamentado en el principio de la buena fe”.

Conforme al principio de “seguridad jurídica” se aspira a que los contratos mantengan su eficacia; sin perjuicio del error en que pueda haber incurrido una de las partes en el caso concreto. Lesionaría este principio contractual si se anulara un contrato por dolo negativo consistente en que una parte no suministró cierta información esencial a la otra. La seguridad jurídica vulnerada sería consecuencia de los efectos que dicha nulidad pudiera producir respecto de terceros que habían confiado en la legitimidad del contrato.

Y por el principio de autorresponsabilidad cada parte debe negociar con diligencia, protegiendo sus propios intereses y, por lo tanto, procurándose la información relevante que le permita tomar la decisión de contratar. En virtud de este principio, se considera que actúa negligentemente en la negociación de un contrato quién no se procuró la información necesaria que precisaba porque no actuó con la debida diligencia de un ordenado empresario. En relación con este principio, GOMEZ CALLE<sup>425</sup> “duda de si el franquiciador debería informar de aquello que el franquiciado desconoce, pero que es de su interés y que está fuera del alcance del objeto del contrato, tratándose en este caso de donde poner la línea que separa el deber de informar y el principio de autorresponsabilidad”.

---

<sup>423</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I. (2009). *Los límites del deber precontractual de información*. Civitas Thomson Reuters. Pág. 26.

<sup>424</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho ...*. Pág.312. El autor afirma que: “Puede admitirse que, en algunos casos, cuando entre las partes existe una específica situación de confianza, esta determine un especial deber de información, que puede dimanar de una relación previa existente entre las partes.”

<sup>425</sup> GÓMEZ CALLE, E. (1994). “*Los deberes precontractuales...*”. *Op. Cit.* Pág. 105.

También hay que considerar los principios de lealtad contractual y el de transparencia para justificar la imposición de un deber de información.

Durante esta fase precontractual, en relación con el deber de informar, las partes tienen que actuar siguiendo determinadas pautas:

- a) No es aceptable informar mal, ya que el Código Civil se refiere a la información engañosa cuando define el dolo como “palabras o maquinaciones insidiosas”, porque provocan el error y, como consecuencia, el vicio en el consentimiento.
- b) El legislador ha incrementado esta exigencia, de tal manera que no solo comprende la información inexacta, sino también la información incompleta, cuando lo eludido es susceptible de provocar un conocimiento erróneo por el receptor.
- c) El deber de informar no tiene por qué estar condicionado por las personas con la que se negocia o se contrata, sino que está conectado a un modelo de conducta ajustado a patrones externos.
- d) El consentimiento contractual ha de ser un consentimiento debidamente informado de todas las circunstancias relevantes que puedan incidir sobre el contrato y su contenido.
- e) Durante la fase precontractual las partes están obligadas no solo a facilitar información, sino también a no ocultarla; estando ello fundamentado en el principio de la buena fe que ha de presidir la actuación de las partes en este periodo.
- f) La infracción del deber de información veraz genera, no solo el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, sino también la necesidad de adaptar las prestaciones a aquellas que fueron objeto de información a través de la publicidad y que crearon una confusión en las expectativas del franquiciado, extremo que debe vincularse con la regulación de la publicidad ilícita (art. 32 Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal).

- g) Es sancionable la utilización desleal de la información obtenida durante los tratos preliminares, como bien recoge la STS nº383/2009 de 8 de junio<sup>426</sup>.
- El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil prevé en sus arts. 322.2, 322.3 y 322.11 APLCM referidos a la competencia desleal, los actos de engaño o de violación de secretos y la divulgación indebida de la información precontractual recibida por ambas partes. Y, en el art. 341.1 APLCM, las acciones ejercitables y los remedios por dicha utilización desleal de la información.
- h) La existencia de una relación especial de confianza va a determinar un especial deber de información, dado que tiene su fundamento en el principio de buena fe.
- i) La solicitud de información debe ser la precisa y necesaria para salvaguardar los intereses de las partes, con el límite del derecho a la intimidad de la persona. Debe ser la suficiente, comprensible y suministrada en tiempo.

Y, finalmente DE LA MAZA GAZMURI<sup>427</sup>, coincidiendo con lo expuesto, añade que “el interés al que se puede recurrir de forma más evidente para justificar la imposición de un deber precontractual de informar es el de la libertad contractual, en el sentido de libertad de decisión. Un segundo interés sería el de la lealtad contractual, en virtud del cual las partes deben comportarse de forma honesta durante la negociación. Y, finalmente, el tercer interés sería el de la transparencia, relacionado con la protección general del mercado.”

## **9. MODALIDADES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL**

---

<sup>426</sup> STS nº383/2009 de 8 de junio (ROJ: STS 3877/2009; Id. Cendoj: 28079110012009100440); Recurso: 2702/2004; Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández. Fundamento de Derecho Segundo:

“Resulta una conducta desleal de la demandada, contraria a las reglas del juego limpio, en la concurrencia en el mercado, pues se aprovecha de los contactos mantenidos con la actora, en orden a constituir entre ellas una relación de colaboración estable, que no llega a producirse, para obtener información trasvase de los trabajadores y captación incorrecta de clientela.”

<sup>427</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I. (2009). *Los límites del deber precontractual de información*. Civitas - Thomson Reuters. Pág. 26.

## 9.1 LA INFORMACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA

La regulación de este tipo de información en el marco del contrato de franquicias, si bien esta escasamente previsto en derecho europeo, cobra especial relevancia en el ordenamiento jurídico de EEUU, donde como sabemos se enmarcan los orígenes de este tipo de contratación y está más desarrollado, por constituir una materia de vital importancia para el potencial franquiciado a la hora de decidir si formaliza o no un contrato de franquicia.

El abuso y fraude por parte de los franquiciadores en aquella etapa inicial de desarrollo de la franquicia en los EEUU evidenció la necesidad de regular adecuadamente todo lo relativo al derecho de información tanto a nivel federal como estatal, con la finalidad de otorgar una mayor seguridad jurídica a las operaciones de venta de franquicias, poniendo especial énfasis a la información económico-financiera.

Así pues, este concreto deber de información lo podemos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 3 e) del RD 201/2010, que prevé que *“en el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de previsiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, estas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados”*. Si bien, conviene matizar de que, tal y como se desprende de la propia literalidad del precepto, no existe una obligación de entregar la información precontractual de tipo financiero o económico relacionada con la potencial franquicia; por tanto, lejos de imponer en este aspecto una obligación al franquiciador, lo que hace es asegurarse de que para el caso de que se facilitase dicha información al franquiciado, esta esté *“suficientemente fundamentada”*.

A nuestro juicio, estimamos que es acertado y razonable que el legislador no haya impuesto una obligación de facilitar esta información, por cuanto el rendimiento económico-financiero de la franquicia dependerá, además de las bondades intrínsecas que pueda aportar el modelo de negocio y la fuerza de su marca, de otros múltiples factores de difícil acotación y de orden casuístico. A modo, de ejemplo, podemos citar: la localización del establecimiento, la renta a pagar o el precio de compra del mismo, la capacidad de gestión

empresarial del propio franquiciado, el nivel de competitividad existente en el mercado, los hábitos de consumo y el poder de compra de los consumidores, etc.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que en la praxis todo lo relativo a la entrega de previsiones de información financiera y económica constituye, con cierta frecuencia, una fuente de litigios. En este sentido, podemos constatar que, no en pocas ocasiones, el franquiciado tras haber formalizado el contrato y estar en funcionamiento la franquicia, ve frustradas sus expectativas creadas con base en la información económica y financiera facilitada en su día por el franquiciador. Estamos ante situaciones conflictivas en las que el franquiciado argumenta la falta del suministro de la información precontractual o de una información adecuada, para así amparar la solicitud de nulidad del contrato de franquicia y la correspondiente reclamación de indemnización por daños y perjuicios. En algunos casos, la demanda está bien fundamentada, pero en otros casos no es así. Entre otras razones, porque se suele utilizar este argumento de forma instrumental para conseguir la nulidad contractual en supuestos de resultados negativos o de baja rentabilidad. En este sentido, cabe citar la STS nº438/2018 de 11 de julio<sup>428</sup>, que enjuicia un supuesto en el cual el franquiciado dejó de pagar los *royalties* con el argumento de que no se le había ofrecido la información precontractual, de acuerdo con el art. 62 LOCM.

La jurisprudencia nos recuerda que la información económico-financiera facilitada contiene datos estimados y, en cualquier caso, lo que suceda luego en la realidad operativa de la franquicia, va a tener que ver con el modelo de negocio franquiciado, pero también con otros factores como la situación del establecimiento, la gestión del negocio, o el comportamiento de los consumidores de la zona, elementos que forman parte del riesgo que un empresario debe asumir en cualquier negocio.

El engaño en el contenido de este tipo de información considerada “accesoria”, según la jurisprudencia, no tiene relevancia suficiente como para provocar la nulidad contractual,

---

<sup>428</sup> STS nº438/2018, de 11 de julio (ROJ: STS 2678/2018; Id. Cendoj: 28079110012018100429); Recurso: 2343/2015; Ponente: Rafael Saraza Jimena; Fundamento de Derecho séptimo.

“La franquiciadora no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones a la parte contraria, ni la resolución del contrato por el incumplimiento de la otra parte, si previamente no ha cumplido con sus propias obligaciones”.

dado que en ningún momento se adquirió un compromiso contractual por parte del franquiciador de que se llegase a alcanzar la cifra de ventas, beneficios, etc.

Al respecto, entre las Sentencias de las Audiencias Provinciales que guardan relación con este tipo de conflictos *inter partes*, merece destacar las siguientes:

La SAP de Barcelona de 21 de Setiembre<sup>429</sup>, que remarca que el suministro de tal información no es de obligado cumplimiento por parte del franquiciador y, en el caso de que lo hiciera, tendría la consideración de una “estimación” basada en experiencias y estudios, que estén suficientemente fundamentados

La SAP de Madrid de 6 de marzo<sup>430</sup> mantiene la misma línea argumental, pero añadiendo que los resultados económicos empresariales están sujetos a la propia actividad y a la gestión que el franquiciado haga de la franquicia.

A tales efectos, resulta sumamente interesante la SAP de Madrid nº417/2017 de 27 de octubre<sup>431</sup>, que hace las siguientes consideraciones:

---

<sup>429</sup> SAP Barcelona nº663/2004 de 21 de Setiembre (ROJ: SAP B 11103/2004; Id. Cendoj: 08019370132004100566). Recurso: 736/2003. Ponente: Fernando Utrillas Carbonell. Fundamento de Derecho Primero:

“(…) únicamente el engaño en cuanto a alguna de las prestaciones principales del contrato de franquicia podría dar lugar a la nulidad del contrato por vicios del consentimiento. Por el contrario, no puede entenderse que posea la relevancia suficiente para provocar la nulidad del contrato, el incumplimiento por el franquiciador de prestaciones accesorias precontractuales, como es la información sobre previsión de inversiones y gastos de un negocio tipo, y las previsiones sobre cifras de ventas o resultados de explotación del negocio”

<sup>430</sup> SAP Madrid nº207/2002 de 6 de marzo (ROJ: SAP M 3399/2002; Id. Cendoj: 28079370012002104581). Recurso: 195/2001. Ponente: Miguel Ángel Lombardia del Pozo. Fundamento de Derecho Primero:

“La no consecución de los objetivos previstos en la información previa suministrada por la demandada, no puede atribuirse sin más a la misma entidad demandada, y derivar de ello una inducción al error por su parte, debiéndose poner de relieve que se trata de dos entidades que negocian en igualdad de condiciones constituyéndose la propia actora con la finalidad de suscripción de los contratos en cuestión, y en función de ello asumiendo el riesgo empresarial que toda actividad comporta, y que no puede pretender desplazar a la entidad franquiciadora.”

<sup>431</sup> SAP Madrid nº417/2017 de 27 de octubre (ROJ: SAP M 13506/2017; Id. Cendoj: 28079370132017100391). Recurso: 180/2017; Ponente: Carlos Cezon González. Fundamento de Derecho Tercero (Seis):

- a- La existencia de una cláusula contractual en la que se manifestó que la información económica financiera suministrada no representaba unos “números prometidos”, no pudiendo ser considerados como promesa o compromiso de rentabilidad, actuando en contra de la pretensión del franquiciado ya que dicha cláusula había sido aceptada por él.
  
- b- En la consecución de los resultados económicos de la franquicia puede influir también factores externos, ajenos al alcance del franquiciador, como serían los hábitos de ocio, modas, tendencias y hasta los caprichos de los potenciales consumidores, lo que hace “imposible reprochar al informante por las desviaciones de la realidad respecto al pronóstico”.

Acorde con el anterior planteamiento de los tribunales, resulta evidente que no cabe estimar nulo el contrato de franquicia como consecuencia de un incumplimiento del deber de información que no se considere relevante. Sin embargo, tampoco podemos extraer la conclusión de que el incumplimiento de dicho deber carece de consecuencias sobre la eficacia del contrato. En los casos analizados ciertamente no se llega a considerar tan relevantes los concretos incumplimientos analizados para desencadenar un error invalidante del contrato. Así pues, se puede consensuar que la información sobre los potenciales beneficios no debería ser determinante del error en el consentimiento del franquiciado.

No parece que se pueda llegar a la misma conclusión en relación con las previsiones relativas a los gastos de instalación del negocio, ya que tal información parece relevante, pues en cierto modo las inversiones mínimas necesarias vienen condicionadas por el

---

“A propósito de la diferencia notable entre las previsiones económicas sobre volumen de ventas que la franquiciadora presentó y la rentabilidad efectiva del negocio, hemos de manifestar que tal cuadro de perspectivas no representaba unos "números prometidos", como son designados por la apelante”.

“(…) una precisa predicción de los ingresos por ventas de un restaurante con carta y ambiente específicos, cuestión en la que tantos factores pueden influir, incluidos hábitos de ocio, modas, tendencias y hasta caprichos de los potenciales consumidores de una población, es prácticamente imposible de hacer y no se pueden reprochar al informante desviaciones de la realidad respecto del pronóstico”.



propio franquiciador. Así, la SAP de Madrid del 15 de febrero<sup>432</sup>, junto a otros incumplimientos, reconoció la relevancia de las previsiones económicas de instalación.

## 9.2 LA PUBLICIDAD COMERCIAL DE CAPTACIÓN

Como ya hemos explicado, las empresas franquiciadoras utilizan la publicidad como uno de los medios prevalentes para la captación de futuros franquiciados. De ahí que la publicidad comercial de la franquicia pueda comportar el inicio de unos tratos preliminares si el potencial franquiciado decide seguir informándose para así llegar a formar su voluntad contractual. En este sentido, DIEZ-PICAZO<sup>433</sup> señala que “la finalidad de toda comunicación publicitaria es, la promoción de una contratación, lo que obliga a llevar a cabo a hacer una valoración de las comunicaciones publicitarias que las encajen en las categorías técnicas jurídicas implicadas en el proceso de formación del contrato. Se trata de una invitación a formular ofertas, no suponiendo para el anunciante ninguna vinculación contractual.”.

El contenido de esta publicidad es un modo de facilitar información, de forma genérica y dirigida a un público amplio de posibles interesados en comprar una franquicia o adherirse a la red de una enseña. Este contenido está integrado por información relativa a la marca, al modelo de negocio, al franquiciador, a la red de franquicias, a los productos, a la ubicación territorial de los establecimientos de la red, a las condiciones de la franquicia, a las inversiones estimadas, etc. Por tanto, es una información dirigida a un colectivo de posibles interesados y no a una persona o empresario en particular.

Lo habitual es que en esta publicidad se resalten todos los elementos positivos de la franquicia y que no se haga mención alguna de los aspectos negativos que pudiera haber.

---

<sup>432</sup> SAP Madrid nº52/2008, de 15 de febrero (ROJ: SAP M 2680/2008; Id. Cendoj: 28079370192008100083). Recurso 797/2007. Ponente: Epifanio Legido López. Fundamento de Derecho Tercero:

“De lo expuesto se infiere que se ha incumplido el contrato porque: a. las previsiones económicas de instalación inicial nada tenían que ver con la realidad misma de la instalación del negocio”.

<sup>433</sup> DÍEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A. (2017). “*Sistema de Derecho Civil...*” *Op. Cit.* p. 67

De hecho, en algunos ordenamientos jurídicos como el de EEUU y en el entorno de cualquier empresa franquiciadora se habla de “vender” franquicias.

Los medios que se utilizan para facilitar esta información pueden ser muy diversos y van desde páginas web, folletos, dossieres informativos, etc.; si bien en los últimos años está teniendo mayor relevancia la obtención de información por internet.

La definición que nos ofrece el legislador sobre publicidad la encontramos en el art. 2 de la Ley 34/1998 de Publicidad, que reza así: “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”. Precepto al que hace referencia MAYORGA TOLEDANO<sup>434</sup> al declarar que “bajo esta perspectiva el franquiciador tiene el deber de elaborar y transmitir una publicidad veraz y no engañosa conforme al art. 3 y 4 de esta misma Ley”.

El objetivo de la publicidad comercial es pues, en este caso, promover la contratación de franquicias, actuando esta como una invitación a que se presenten ofertas, no suponiendo para el que lanza la publicidad ninguna vinculación contractual, si bien en algunas se ha venido a considerar dicha publicidad como integradora del futuro contrato de franquicia.

En el caso de que el contrato se llegara a formalizar, solamente si no se sobrepasa el límite de lo que sería una simple invitación a contratar, podría considerarse que se está estrictamente a lo declarado por las partes, por lo que en este caso la publicidad no produciría ningún efecto.

Siendo así, no podemos tampoco infravalorar la importancia de esta publicidad comercial de captación de franquiciados, como lo demuestra el hecho de que precisamente una de las causas más relevantes del fracaso en la contratación de la franquicia, es la que se produce por el carácter incompleto o engañoso de la publicidad de reclutamiento, que en el marco de la fase precontractual es ofrecida por el franquiciador para captar la atención del futuro franquiciado, estando presente en diferentes medios de comunicación, en los establecimientos de la enseña, y en ferias sectoriales. A los efectos de potenciar el

---

<sup>434</sup> MAYORGA TOLEDANO, M. C. (2007). “*El contrato mercantil...*”. *Op. Cit.* Pág. 78..

atractivo de la franquicia e incentivar su contratación, la información de captación tiene como denominador común referencias efectuadas de forma más o menos explícita a dos expectativas: la de obtener unos beneficios que resulten atractivos y la posibilidad de lograr una amortización rápida de la inversión que deberá efectuar el franquiciado.

El contenido de la publicidad de captación está sujeta a lo previsto en la Ley General de Publicidad, que en su art. 3 LGP 34/1988 considera ilícita “la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal”.

Planteándose en la STS nº413/2006 de 25 de abril<sup>435</sup>, un caso de publicidad engañosa, recordando que se establece como requisito para ser calificada como tal que la publicidad debe llegar a influir en la decisión tomada por el franquiciado.

Los actos de engaño, según la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, modificada por la Ley 29/2009, pueden cometerse por acción o por omisión. Así en su art. 5 se refiere a los que se concretan como una acción, siendo un claro ejemplo de ello, lo manifestado explícitamente a través de una publicidad de captación de franquiciados, que contiene una información falsa o a aquella que, aun siendo verídica, por su forma y contenido, puede inducir a error a los que la reciben, pudiendo alterar su comportamiento a la hora de contratar<sup>436</sup>. Y el art. 7 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, modificada por Ley

---

<sup>435</sup> STS nº413/2006 de 25 de abril (ROJ : STS 2606/2006; Id. Cendoj: 28079110012006100429). Recurso: 3082/1999. Ponente: Vicente Luis Montes Penadés. Fundamento de Derecho Tercero: “Según la recurrente (...) la consideración de la publicidad como engañosa a que pueda inducir a error que afecte al comportamiento económico del destinatario suponiéndole un detrimento o menoscabo”. “Lo que exige el invocado precepto del artículo 4 de la LGP es que el error pueda influir en la decisión económica tomada por el destinatario”.

<sup>436</sup> Art. 5 Ley 3/1991 de Competencia Desleal y Ley 29/2009. “Actos de engaño”: 1. “Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos”; 1.g) “La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido”.

29/2009<sup>437</sup>, se refiere a los actos de engaño por “omisión u ocultación de la información necesaria” para que el franquiciado pueda tomar una decisión de inversión con un consentimiento debidamente informado, o cuando esta es “poco clara, ininteligible o ambigua”.

Los actos de engaño son contemplados también en el art. 322-2 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, dentro del Capítulo II. “De los actos de competencia desleal”, que tiene un contenido idéntico al del art. 5 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal y el art. 322-3 se refiere a las “omisiones engañosas”, el cual contiene un nuevo redactado en comparación con el de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal<sup>438</sup>.

El resarcimiento al que tiene derecho la parte legitimada por una actuación de competencia desleal se fundamenta en acciones como: la cesación de la conducta desleal, la remoción de los efectos producidos, la indemnización por los daños y perjuicios causados y la de enriquecimiento injusto del art. 32 de la Ley 3/1991 de Ley de Competencia Desleal 29/2009. De todas formas, tal como estipula el art. 5, será necesario que la publicidad induzca o pueda inducir, de cualquier manera, incluida su presentación, a error de sus receptores, de tal manera que se vea afectado su comportamiento económico.

---

<sup>437</sup> Art.7.1 Ley 7/1991 de Competencia Desleal y Ley 29/2009: “Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto”.

<sup>438</sup> Art. 322-3 LCD. Omisiones engañosas: “1. Una omisión es engañosa cuando el empresario omita información sustancial que, en atención al contexto fáctico y a las limitaciones del medio de comunicación, así como a las medidas adoptadas para proporcionar esa información por otros medios, necesite el destinatario medio para tomar una decisión sobre una operación comercial con el debido conocimiento de causa. Cuando concurren las circunstancias indicadas en el párrafo anterior, se equipará a la omisión engañosa la ocultación de información sustancial y su presentación de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o de forma que no dé a conocer el propósito comercial de la comunicación en cuestión”.

Además, aquella publicidad que la LGP considera como ilícita, el art. 18 de la LCD la considera desleal, de la misma manera que considera ilícita la publicidad engañosa el art. 322.16 del ALCM, a efectos de la Competencia Desleal.

A destacar, la SAP de Asturias nº483/2018 de 15 de noviembre<sup>439</sup> que, aludiendo a una STS, argumenta la función integradora de cierta publicidad emitida por el franquiciador.

### 9.3 EL DOSIER INFORMATIVO

Al margen de un deber o derecho general de informar protegido por la norma relativa al régimen de franquicias, durante la fase precontractual y en relación con los tratos preliminares se producirá un primer contacto con el potencial franquiciador por parte del franquiciado, en el que le va a ofrecer una primera información sobre la franquicia en forma de dossier informativo<sup>440</sup>.

El dossier informativo es un documento o archivo que la franquiciadora entrega al franquiciado, normalmente en su primer contacto mediante el cual se presentan las características y cualidades de la franquicia. El contenido usual de un dossier informativo está integrado por:

- a- Los datos identificativos del franquiciador: razón social o denominación, datos registrales de su constitución, capital social, personas de contacto, etc.

---

<sup>439</sup> SAP Asturias nº483/2018 de 15 de noviembre (ROJ: SAP O 3389/2018; Id. Cendoj: 33024370072018100472). Recurso: 320/2018. Ponente: Eduardo García Valbuena. Fundamento de Derecho Segundo:

“el Tribunal Supremo (...) distingue entre la publicidad, sin más valor que el de una invitación a negociar - "invitatio ad offerendum" -, y la que constituye además una oferta contractual - oferta publicitaria -, o cuanto menos tiene relevancia para la interpretación e integración del contrato (arts. 1281 y ss.), de conformidad asimismo con el principio de buena fe contractual”.

<sup>440</sup> BURGOS PAVÓN, G., Y FERNÁNDEZ IGLESIAS, M. S. (2010). “La franquicia: Tratado práctico...”. Op. Cit. Pág. 107 y ss. Los autores que coinciden con dicha argumentación añaden que “es un documento eminentemente de presentación de la mercantil propietaria de la enseña”.

- b- Una explicación de los orígenes de la franquicia, constituida por el modelo de empresa que se va a transmitir al franquiciado, que da noticia de cómo se ha llegado a la situación en la que se encuentra
- c- Un detalle del modelo de negocio a franquiciar: productos, marca, mercados, ratios de crecimiento, cuota de mercado, imagen corporativa, procesos de gestión, campañas promocionales y de publicidad, estructura organizativa de la empresa y relación de franquiciados actuales.
- d- Una explicación de aquellas ventajas, tanto operativas como comerciales, que los franquiciados van a adquirir si se adhieren a la cadena de franquicias.
- e- En el aspecto financiero, la información inicial más básica que se suele dar es la correspondiente a la inversión estimada necesaria para la apertura de la franquicia estándar.

Según mi criterio, respecto de las ventas previstas y la rentabilidad esperada de la franquicia es normal que, en un primer contacto, y en el dossier, no se haga mención a tales aspectos, ya que, entre otras cosas, dependerá de factores ajenos al franquiciador.

Si bien, no es habitual que en el dossier informativo se haga mención alguna sobre el contenido del futuro contrato a firmar, dado que el dossier informativo se facilita al franquiciado en una etapa muy incipiente de las negociaciones. Sin embargo, tampoco debe descartarse que en la práctica se den supuestos en los que el franquiciador incluya, entre la información a facilitar, los “elementos esenciales del contrato”, que recogerán entre otra información “los derechos y obligaciones de las respectivas partes”.

BURGOS PAVON<sup>441</sup> califica al dossier informativo “como parte del paquete de la franquicia para la captación de futuros franquiciados”.

Puede también integrar el contenido del dossier informativo parte de aquella información precontractual a la que se refiere el art. 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista.

---

<sup>441</sup> BURGOS PAVÓN, G., Y FERNÁNDEZ IGLESIAS, M. S. (2010). *La franquicia: Tratado...* ” *Op. Cit.* Págs. 109-110.

Finalmente, es importante destacar que el contenido informativo de dicho dossier debe sujetarse a la normativa vigente en materia de competencia y de publicidad - Ley de Competencia Desleal y Ley General de la Publicidad -, dado su marcado carácter publicitario para promocionar la contratación de franquicias.

#### **9.4 LA INFORMACIÓN ECONÓMICAMENTE ACCESIBLE**

Desde la óptica del análisis económico del derecho, se han justificado las obligaciones precontractuales de información de la franquicia a través del concepto de la “confianza”. Según una parte de la doctrina, es necesario distinguir si la información es costosa o no. Supongamos que la información es costosa y revaloriza el objeto y además los costes son simétricos, es decir, iguales para ambas partes. En este caso, no hay obligación de transmitir la información porque cualquiera de las partes hubiera podido acceder a la información por el mismo coste y no debe permitirse al que no hizo nada que se beneficie de la inversión hecha por el otro. En este sentido, SACHÄFER<sup>442</sup> relaciona “el deber de informar, con el hecho de que los costes de obtención de la información pueden ser simétricos o asimétricos, originando un comportamiento diferente en cada uno de estos supuestos”. Por el contrario, si los costes son asimétricos, la regla es que para aquel para quien los costes son menores está obligado a informar al otro, siempre que pueda percibir la denominada “prima de confianza”, que por lo menos ha de ser equivalente al coste de adquisición de la información. Esto es posible en los casos en que quien informa es el que ofrece el bien o servicio, ya que podrá incluir en el precio esta prima de confianza o coste. Pero si el disponente de la información es quien pretende adquirir no podrá repercutir prima alguna y, por ello, desde el punto de vista económico se considera que no tiene este adquirente deber de informar, para no desincentivar la inversión en la adquisición de la información, ya que si tuviera la obligación de informar se impediría a quien la tiene y ha realizado un esfuerzo para su adquisición, beneficiarse de la información adquirida con dicho esfuerzo.

---

<sup>442</sup> SACHÄFER, J.B. Y OTT, C. “Manual del análisis económico del Derecho Civil”., Madrid 1986. Pág. 306 y ss.

En el ámbito de la franquicia los costes siempre son asimétricos, ya que, salvo raras excepciones, es el franquiciador quien tiene unos costes menores para la obtención de la información, por ser el que dispone de ella en su mayor parte.

Por otro lado, merecen una mención especial aquellas informaciones que disminuyen el valor de la franquicia, y en tal caso quien las conozca debe informar cuanto sabe sobre las mismas, siempre que se trate de circunstancias decisivas para el otro.

## **10.EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD**

### **10.1 CONSIDERACIONES GENERALES**

Nos referimos al deber de confidencialidad como aquella información que recibiera cualquiera de las dos partes en la fase precontractual, que pudiera considerarse como secreta. En este sentido, VALPUESTA HERNÁNDEZ<sup>443</sup> describe lo expuesto manifestando que “esta información puede ser muy simple, normalmente pública, o más compleja y reservada como los objetivos comerciales, fórmulas, procesos, listados de clientes”

En el ámbito de la franquicia y durante la fase precontractual, ambas partes recibirán de la contraparte diversas informaciones precisas para poder decidir sobre la conveniencia de contratar y en qué términos. Así, en la SAP Madrid nº10/2017, de 19 de enero<sup>444</sup>, en

---

<sup>443</sup> VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. (1998). “Derecho Civil. Derecho...” Op. Cit. Pág. 394.

<sup>444</sup> SAP Madrid nº10/2017 de 19 de enero (ROJ: SAP M 1322/2017; Id. Cendoj: 28079370122017100006). Recurso: 631/2016. Ponente: José María Torres Fernández de Sevilla. Fundamento de Derecho Sexto:

“Por mucho que se impute incumplimiento a la franquiciadora, el deber de no concurrencia y el deber de confidencialidad surge de la esencia misma de la franquicia, en la que la titular de la misma pone en manos del franquiciado los principales elementos inmateriales del negocio (la idea y el "saber hacer") y por ello, en justa reciprocidad, el franquiciado debe abstenerse de divulgarlo



relación con la información suministrada por el franquiciador al franquiciado, se afirma que “el deber de confidencialidad surge de la esencia misma de la franquicia”. El hecho de que el franquiciador esté cediendo al franquiciado elementos esenciales de su modelo de negocio en forma de *know how*, marcas y elementos de DPI que pueden incluir prototipos de maquinaria, diseños de elementos de imagen, etc., hace que el franquiciado pueda caer en la tentación de utilizarlo en su propio beneficio, de una forma directa o indirecta<sup>445</sup>.

Este deber tiene como fundamento evitar que quien participa en negociaciones sufra algún tipo de perjuicio por el mero hecho de permitir que la otra parte conozca ciertas informaciones reservadas con relevancia patrimonial o personal. En este sentido, CUADRADO PÉREZ<sup>446</sup> clarifica que “no es preciso que la información suministrada sea patrimonial, basta que sea confidencial o no conocida para que esté cubierta por el deber analizado”, a lo que MASSAGUER FUENTES<sup>447</sup> añade que “el franquiciado se está obligando frente al franquiciador a no revelar a terceros, el *know how* al que ha tenido acceso por el hecho de haber firmado un contrato de franquicia, mientras estos conocimientos no hayan pasado a ser de dominio público”. Y DIEZ-PICAZO<sup>448</sup> nos sugiere que “atendiendo al deber de buena fe y al contenido de las informaciones, así como en el contexto en que dichas informaciones se obtienen, resulta comprensible la

---

o de usarlo en su exclusivo provecho una vez finalizado el contrato, sea cual sea la causa de esa finalización”.

<sup>445</sup> Un supuesto real de lo comentado se daría cuando, el franquiciado después de abrir una franquicia de una cadena de restaurantes *fast food*, decide utilizar el *know how* recibido para abrir un segundo establecimiento, dentro del mismo sector del *fast food* si bien utilizando otra marca y otros elementos de imagen. Lo más probable es que se esté vulnerando una cláusula de confidencialidad por la información comercial y técnica reservada recibida del franquiciador, situada en el contrato de franquicia. Y en el supuesto de que no existiera tal cláusula, este deber sería exigible con base en el principio de la buena fe. En el supuesto de que el franquiciado, fuera más allá y creara su propia red de franquicias, en base la *know how* adquirido del franquiciador. En este caso se estaría vulnerando el art. 11 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, relativo a Actos de Imitación, con la posibilidad de denunciarlo también por infracción del art. 12 LCD relativo Explotación de Reputación Ajena.

<sup>446</sup> CUADRADO PÉREZ, C. (2003). “Oferta, aceptación y conclusión...”. Op. Cit. Págs. 49-50.

<sup>447</sup> MASSAGUER FUENTES, J. (1991). “El contrato de licencia...”. Op. Cit. Págs. 143-144.

<sup>448</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2007). “Fundamentos del Derecho Civil...”. Op. Cit. Pág. 314.

existencia de un deber de confidencialidad, con independencia de haberse establecido expresamente o no por las partes. Que en cualquier caso deberá manifestarlo como expreso aquel que así lo considera”.

En los contratos de franquicia es habitual que figure una cláusula referida al deber de confidencialidad del franquiciado, en virtud de la cual estará constreñido a no difundir aquella información que tenga carácter de confidencial y que, fundamentalmente, estará referida al *know how* de la franquicia. Esta cláusula es de tal relevancia que incluso en el supuesto de que no forme parte del cuerpo del contrato, la obligación de confidencialidad será exigible en virtud del principio de buena fe contractual.

Esta obligación de secreto obliga no solo al franquiciado en su actuar de forma indirecta, sino que le exige a este que incorpore cuantas medidas sean necesarias para evitar que terceros accedan a dicha información, haciendo, si fuere necesario, que sus empleados firmen un acuerdo de confidencialidad. A partir de aquí, el franquiciado también será responsable de las divulgaciones de información confidencial hechas por sus empleados.

## **10.2EL ENTORNO REGULATORIO**

### **10.2.1 DERECHO NACIONAL**

En nuestro ordenamiento jurídico y en relación con la franquicia encontramos una referencia a la confidencialidad en el art 4 del RD 201/2010<sup>449</sup>, que no establece ningún tipo obligación al franquiciado en relación con la información secreta recibida del franquiciador en la fase precontractual. Lo único que hace es establecer la previsión de que el franquiciador “podrá” exigir tal deber, antes de la conclusión del contrato o en el mismo contrato. En la práctica, el franquiciador hará firmar un documento de

---

<sup>449</sup> Art. 4 RD 201/2010 Deber de confidencialidad del franquiciado. “El franquiciador podrá exigir al potencial franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir del franquiciador”.

confidencialidad al franquiciado relativa a aquella información considerada como secreta o confidencial, recibida antes de la conclusión del contrato.

Debemos concluir que estamos ante un precepto carente de eficacia jurídica, ya que no impone ninguna obligación de confidencialidad, ni plantea los diferentes supuestos que podrían darse, ni regula los efectos del incumplimiento de dicho “deber”. Y ninguna mención hace a la información precontractual de carácter confidencial que pudiera recibir el franquiciador, configurando el deber de confidencialidad con carácter unilateral. En este sentido, los tribunales deberán atenerse al principio general de la buena fe, tanto si afecta al franquiciador como al franquiciado.

En relación con el resarcimiento de la parte perjudicada, siempre se puede recurrir a los arts. 7.1 y 1902 CC para exigir una eventual indemnización por los daños y perjuicios causados derivados de la conducta desleal del franquiciado. El incumplimiento del deber de confidencialidad puede suponer también la conculcación de los arts. 1 y 13 de la Ley de Competencia Desleal. Este es el caso contemplado por la SAP Madrid nº574/2006 de 22 de diciembre<sup>450</sup>, en el que se admitió como criterio de determinación del *quantum* a satisfacer “el importe que teóricamente hubiera podido obtenerse mediante la lícita utilización de la franquicia”. Atendiendo a lo proclamado en dicha Sentencia, cabe tomar en consideración los siguientes aspectos:

- a- Pone en relación la divulgación de secretos comerciales protegidos por la cláusula de confidencialidad con la Ley de Competencia Desleal, alegando que hubo mala fe como elemento configurador de los tipos previstos en los arts. 1 y 13 de la LCD.
  
- b- La indemnización a satisfacer por el franquiciado no estará relacionada con el pago de las prestaciones derivadas del contrato de franquicia, sino con los daños

---

<sup>450</sup> SAP Madrid nº574/2006, de 22 de diciembre (ROJ: SAP M 17037/2006; Id. Cendoj: 28079370132006100536). Recurso: 762/2005. Ponente: José María Salcedo Gener. Fundamento de Derecho Primero:

“(…) se denuncia el uso por parte de los demandados de los conocimientos e informaciones de carácter secreto o reservado protegidos por la cláusula de confidencialidad del dossier informativo. La eventual violación de esta cláusula es el elemento esencial que califica la deslealtad de la actuación de los codemandados (…).”

y perjuicios causados por la competencia desleal, que incluye, el lucro cesante o resultado económico previsible.

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el 1255 CC<sup>451</sup>, durante la fase precontractual las partes podrán acordar deberes de confidencialidad en relación con aquella información recibida y que consideren necesario proteger. Así lo contemplan en su obra GÓMEZ POMAR y GILI SALDEÑA<sup>452</sup>, pues según los autores, “el art. 4 RD 201/2010, parece del todo innecesario, pues en virtud del principio de libertad de pactos del art. 1255, proveedor y distribuidor pueden incorporar en sus contratos cualquier tipo de pactos, siempre que no sean contrarios a la ley, la moral y al orden público”.

En este sentido, el contenido el Auto del Tribunal Supremo de 11 de noviembre del 2015 pone en evidencia la existencia de una cláusula de confidencialidad en el contrato de franquicia<sup>453</sup>.

## 10.2.2 LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

---

<sup>451</sup> Art. 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

<sup>452</sup> GÓMEZ POMAR, F., & GILI SALDEÑA, M. (2010). Cuestiones de formación del contrato en la propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución. En *Los contratos de distribución* (págs. 1-60). Madrid: Editorial La Ley, Pág. 18.

<sup>453</sup> ATS de 11 de noviembre 2015 (ROJ : ATS 8865/2015 ; Id. Cendoj: 28079110012015202573); Recurso: 1815/2014; Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno: “En su desarrollo sostiene que la interpretación llevada a cabo de la estipulación 11ª del contrato de franquicia de Tárrega es incorrecta toda vez que la penalidad prevista en la cláusula penal lo es solo para el caso de que el sub franquiciado vulnere el deber de confidencialidad contenido en la presenta cláusula, pero no para el caso de vulneración del deber de no competencia postcontractual pactado en el párrafo 1º de la citada estipulación”.

La Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos de enero de 2009, elaborada por la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia, no regula el deber de información, si bien en el Capítulo II. “De la formación del contrato”, se encuentra el art. 1245.2 LPMCC, que establece que las partes, en el proceso de negociación deberán actuar de acuerdo con el principio de la buena fe contractual. Precepto que puede dar cabida a una obligación de las partes de la franquicia de suministrarse información precontractual, actuando de acuerdo con este principio. El mismo precepto, en su apartado 3 y 5<sup>454</sup>, establece un deber de confidencialidad para las partes del contrato y el derecho a exigir la correspondiente indemnización en caso de incumplimiento de este deber. Si bien, es necesario mencionar, que dicho precepto legal, especialmente su apartado 3, era merecedor de una mejor redacción.

Así las cosas, el art. 1245.3 de la Propuesta de Modernización del Código Civil no es una regulación tan completa como la del MCR, pero sí supone un paso hacia adelante en relación con la normativa vigente fundamentada en el principio de la buena fe precontractual, a través del art. 7 CC y del 1902 CC en cuanto al resarcimiento de los daños.

La Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos, de mayo 2016, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, después de incardinar en su art. 5101.1.5 g) a los contratos de franquicia como modalidad de contrato de distribución, se refiere en su art. 5102-3<sup>455</sup> a la confidencialidad de la información precontractual.

---

<sup>454</sup> Art. 1245 ALPCC: “3. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiere recibido solo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse.; 5. La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios”.

<sup>455</sup> Art. 5102-3.1. PMCC, Asociación Profesores de Derecho Civil:

“Las partes quedan sujetas a un deber de confidencialidad en relación con la información que reciban con ocasión de la negociación del contrato y que sea calificada por la parte que ofrece la información, o sea razonablemente reconocible como tal, como de carácter comercialmente sensible. Este deber supone, en relación con la información, la prohibición de comunicarla o hacerla disponible a terceros, y de utilizarla de cualquier modo para fines distintos de la decisión de concluir el contrato y, en su caso, de cumplirlo una vez celebrado, salvo en los siguientes casos”: a) La comunicación con profesionales que presten asesoramiento jurídico o económico

El precepto mencionado se refiere expresamente, como su título indica, a un deber de confidencialidad sobre la información recibida durante la fase de negociaciones, cuando se trate de información “comercialmente sensible”. Y se refiere a “las partes”, por lo que estamos ante un deber de naturaleza bilateral, lo cual es razonable, ya que el franquiciador también va a recibir información confidencial. No se aclara lo que se entiende por información “comercialmente sensible”, dejándose a criterio del que facilita la información, salvo cuando “sea razonablemente reconocible como tal”.

Así pues, creemos que la norma debería contemplar algunos criterios sobre qué tipo de información puede calificarse como “comercialmente sensible” y, por otro lado, no debería limitarse a aquella información comercial, sino que sería conveniente que abarcara también información técnica y personal del franquiciado.

En el apartado 4 de este precepto se establecen los remedios en caso de incumplimiento de este deber de confidencialidad respecto de la información recibida en la fase precontractual.

### **10.2.3 EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL**

---

en relación con la negociación del contrato y con su ejecución, adoptándose en todo caso las medidas que sean razonables para garantizar el cumplimiento de este deber de confidencialidad respecto de aquellos asesores que no estén sometidos por su estatuto profesional a una obligación de idéntica naturaleza. b) La revelación de información resultante de deberes legales de suministro de información a una autoridad o al público. 2. No quedan sujetas las partes a deber de confidencialidad en relación con aquella información de conocimiento público, con aquella que la parte pueda tener con anterioridad, ni, en caso de celebración del contrato de distribución, con la que deba ser revelada a los usuarios o clientes de los bienes o servicios objeto de comercialización. 3. La existencia y contenido del deber de confidencialidad no depende de que el contrato de distribución finalmente se acuerde válidamente. La extensión temporal del deber de confidencialidad es la pactada o, en su defecto, la que sea razonablemente exigible para preservar el interés de la parte que suministra la información. 4. El incumplimiento del deber de confidencialidad da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios que se causen a la otra parte, sin perjuicio de otros remedios y acciones que puedan corresponder al titular de la información confidencial frente a la otra parte o frente a terceros”.

El Anteproyecto de ley de Código Mercantil, actualmente en tramitación parlamentaria, establece un deber de confidencialidad sobre la información recibida por ambas partes.

Dentro del capítulo V referido a los contratos de distribución, se encuentra el art. 545.6.3 ALPCM<sup>456</sup>, que se refiere al deber de confidencialidad sobre “toda” la información recibida en fase precontractual, si bien no se establece obligación alguna de resarcimiento por dicho incumplimiento. Echamos en falta que no se haya previsto dicha obligación indemnizatoria en aras de dotar de una mayor eficacia al deber de confidencialidad.

El art. 545.4 APLCM<sup>457</sup> prevé que las normas de competencia desleal serán de aplicación a los contratos de distribución, en ausencia de pacto expreso entre las partes y en caso de no ser de aplicación ninguna de las disposiciones de este Capítulo.

Por otro lado, en relación con los actos de competencia desleal regulados en el Capítulo II, debemos hacer mención al previsto en el art. 322.11.1 APLCM<sup>458</sup>. Este precepto regula el incumplimiento del deber de confidencialidad, en relación con la violación de aquellos secretos empresariales a los que se ha accedido legítimamente por medio de “un deber de reserva”. Para que concurra dicha infracción legal se exige que el que cede sin permiso los secretos empresariales obtenga un “beneficio propio o de un tercero o perjudica al titular del secreto”.

Por su parte, el art. 341.1 APLCM, que trata de las acciones ejercitables, regula el derecho de resarcimiento del franquiciador en caso de incumplimiento del deber de

---

<sup>456</sup> Art. 545.6.3 ALPCM: “Las partes deberán mantener una absoluta confidencialidad sobre la información recibida, aún en el caso de que no llegara a celebrarse el contrato”.

<sup>457</sup> Artículo 545-4 APLCM “Aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia. Los contratos de distribución se regirán por lo acordado por las partes y, en su defecto, por las disposiciones de este capítulo, sin perjuicio de la aplicación de las normas de defensa de la competencia”.

<sup>458</sup> Art. 322.11.1 APLCM. Violación de secretos:

“Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el art. 322-12”. Añadiendo en el apartado 3. “No obstante será preciso que la divulgación, explotación o adquisición estén encaminadas a obtener un provecho, propio o de un tercero, o perjudicar al titular del secreto”.

confidencialidad. Entre las acciones ejercitables, que considera el precepto, encontramos la acción de cesación del acto o práctica, la acción de remoción por los efectos producidos por el acto, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, en caso de dolo o culpa del agente y la acción de enriquecimiento injusto.

En definitiva, la normativa referida está regulando un supuesto que sería de aplicación en los casos de divulgación indebida de aquella información sensible o confidencial de las partes del contrato de franquicia transmitida durante la fase precontractual.

### **10.3 EL *SOFT LAW* DE LA CONTRATACIÓN**

#### **10.3.1 LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS (PRINCIPIOS LANDO)**

Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Principios Lando), parte del actual *soft law* de la Unión Europea, regulan también en su articulado lo referente al deber de confidencialidad.

En concreto, estos Principios en su art. 2: 302<sup>459</sup>, contemplan también dentro de la Sección 3. “Responsabilidad en las negociaciones”, un deber de confidencialidad por la información recibida durante esta etapa precontractual, incluyendo su correspondiente penalización en caso de incumplimiento.

Nuevamente, a nuestro juicio, este precepto es criticable por cuanto se habla de información precontractual que una parte suministra a la otra sin definir lo que se entiende

---

<sup>459</sup> Art. 2: 302 Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL):

“Si en el transcurso de las negociaciones, una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte.”.



por información “confidencial” y, por tanto, no se precisa qué tipo de información no cumpliría esta condición y por ende, su divulgación a terceros no generaría responsabilidad.

El deber de confidencialidad tiene vigencia tanto si el contrato llega a celebrarse como si no.

Finalmente, se contempla que el resarcimiento por el incumplimiento de tal deber consistirá en una indemnización por los daños ocasionados a la parte perjudicada, así como de los beneficios obtenidos a consecuencia de tal incumplimiento.

### **10.3.2 EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA (MCR/DCFR)**

Dentro de la Sección 3. Deberes en la negociación y confidencialidad, encontramos el art. II- 3:302<sup>460</sup> sobre incumplimiento del deber de confidencialidad de la información comercial recibida por una de las partes, definiendo el mismo precepto qué se entiende por información comercial. Se refiere, por tanto, a las dos partes que intervienen en la negociación de un contrato, regulando dicho deber de confidencialidad, su incumplimiento y el deber de resarcir a la parte perjudicada.

El precepto limita de forma innecesaria este deber a la información exclusivamente de carácter comercial, dejando al margen la información de carácter técnico o personal.

---

<sup>460</sup> Art. II- 3:302 MCR/DCFR. Incumplimiento del deber de confidencialidad:

- 1- “Si se provee información comercial por una de las partes durante las negociaciones, la contraparte tiene el deber de no revelar esa información o de no usarla para sus propios propósitos independientemente de si finalmente se cierra un contrato”.
- 2- “En este artículo información confidencial significa información que, sea por su naturaleza o sean las circunstancias por las que se obtuvo, la parte que recibe la información conoce, o puede razonablemente esperarse que pudo conocer que era confidencial para la otra parte”.
- 3- “La parte que razonablemente anticipa en incumplimiento del deber puede obtener una orden judicial prohibiéndolo”.
- 4- “La parte que incumple el deber es responsable por cualquier pérdida causada a la otra parte por el incumplimiento y puede ser obligada a satisfacer a la otra parte cualquier beneficio obtenido por el incumplimiento”.

Además, con independencia de si se llega a celebrar o no el contrato, se prevé también que dicha información confidencial no puede ser revelada o usada a favor de los intereses de quien la recibió y perjudique los intereses del transmitente de esta.

Cuando la parte que facilitó la información tiene indicios de que la contraparte va a revelar la información confidencial recibida, puede solicitar una medida cautelar para impedirlo y, en caso de que ya se haya usado indebidamente, puede exigir una indemnización por los daños y perjuicios que le cause, así como una compensación económica con base en los beneficios obtenidos por la parte que revela, aunque la parte informante no haya sufrido daños.

Es conveniente que la parte que facilita la información manifieste expresamente a la contraparte el carácter de confidencial o secreta de la misma, para que no pueda alegar *a posteriori* que desconocía tal condición. Si bien, dadas las características de la persona que recibe la información, en cuanto a su nivel de formación y/o profesional y de sus conocimientos, este no podrá alegar desconocimiento del carácter de la información recibida y que, por tanto, será indebida su revelación a terceros y en su propio beneficio, especialmente en el caso de que no se llegare a celebrar el contrato.

En el contenido del apartado 1, se refiere también a que tal responsabilidad puede darse tanto si se celebra el contrato como si no: si finalmente existe contrato, el *know how* no podrá ser utilizado por la otra parte ni revelado a terceros por esta y si no hay contrato habrá más motivos para la no revelación de tal información confidencial y, como consecuencia, no podrá beneficiarse de tal acto ilícito.

Con carácter general, en los ordenamientos jurídicos sin tradición sobre esta materia, como sería el caso de nuestro país, pueden darse ambos supuestos, como se puede desprender, del confuso contenido del art. 1245.3 de la Propuesta para la Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos (PMCC).

En relación con los remedios previstos por este instrumento normativo, se regula el deber de indemnizar los daños causados, así como un derecho de compensación por “enriquecimiento injusto”. No obstante, no se contempla la posibilidad de solicitar por

vía judicial la prohibición de revelación de secretos cuando esta acusación se pudiera anticipar.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe un precepto similar al del art. II-3:302 MCR, referido al deber de confidencialidad. Si bien, encontramos en nuestro CC diversos preceptos de interés como el art. 7.1 y el 1258 y en lo referido al ámbito de los remedios del contrato y el art. 1902 CC referido a la responsabilidad civil por daños o también denominada responsabilidad aquiliana. Sin embargo, en el ámbito de la franquicia del MCR no se hace ninguna referencia a dicho deber.

Debemos destacar que en el apartado 3 del art. II-3:302, MCR se contempla la posibilidad de instar al juez que prohíba una actuación que previsiblemente puede causar daño al emisor de la información confidencial. Acción que en nuestro derecho tendría amparo en el art. 32.1.2 de la ley 3/1991 de Competencia Desleal.

#### **10.4 DERECHO COMPARADO**

En EEUU los conocimientos técnicos, los secretos comerciales y otra información crítica para el negocio puede estar protegida por la normativa federal o la estatal. La Ley de Defensa de los Secretos Comerciales (DTSA) brinda protección federal a los secretos comerciales, en virtud de la cual, la parte agraviada puede exigir una indemnización por los daños y perjuicios causados y en caso de una violación intencionada y maliciosa, se tiene derecho a cobrar el doble de la indemnización por daños más honorarios de abogado.

Los franquiciadores deben implementar políticas y procedimientos diseñados para protegerse contra la difusión de información confidencial y deben exigir a los franquiciados que hagan firmar a sus empleados un compromiso de confidencialidad de la información que se desee mantener como confidencial.

Po defecto, los tribunales exigirán el cumplimiento de los acuerdos de confidencialidad y otorgarán medidas cautelares en determinadas circunstancias. El contrato de franquicia normalmente incluirá cláusulas relativas a la confidencialidad de la información que se transmite para proteger la información confidencial.

Los compromisos de no divulgación deben acordarse en la fase precontractual, en la que un franquiciado puede haber revelado secretos comerciales u otros que debe proteger. Las publicaciones del franquiciador, como los manuales de operaciones y los manuales de políticas y procedimientos también pueden estar protegidas por la ley federal.

## **11.LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO**

### **11.1 CONSIDERACIONES GENERALES**

Los vicios del consentimiento tienen una relación directa con deber de informar del franquiciador, cuando, por acción u omisión, este no se cumple en perjuicio del destinatario (franquiciado), perfeccionándose el contrato con un consentimiento que está viciado. Así pues, los vicios del consentimiento pueden tener su origen en la fase precontractual, y pueden venir motivados por no haberse facilitado la información necesaria para una adecuada formación del consentimiento para poder contratar.

Partiendo de la visión clásica de igualdad entre las partes contratantes, era una carga de cada parte informarse debidamente sobre los aspectos de la contratación o de su objeto que considerara necesarios, sin que pudiera entenderse existente un deber de información entre las partes , con la excepción de aquellos casos en que esa falta de información pudiera entenderse constitutiva de un dolo omisivo o negativo o, en general, de una culpa *in contrahendo*, o bien causante de un error en el consentimiento de la otra parte, incurriendo en estos casos el causante en responsabilidad contractual<sup>461</sup>.

### **11.2 DERECHO NACIONAL**

---

<sup>461</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2013). Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nro. 738. Pág. 2254.

Se enfocan los vicios del consentimiento desde una perspectiva negativa. Se presume la existencia de una información suficiente del contratante, salvo en los supuestos de error o dolo<sup>462</sup>.

Como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico, el mero incumplimiento de los deberes informativos, no afecta *per se* a la validez del contrato, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda generar si dicho acto antijurídico genera un daño, en cuyo caso según el art. 1968 CC el plazo de prescripción es de un año. También podría argumentarse que estamos ante un supuesto de no conformidad del objeto del contrato y, consecuentemente, de responsabilidad contractual, con lo que de acuerdo con el art. 1964 CC el plazo de prescripción sería de cinco años. La conceptualización de un supuesto en una categoría u otra dependerá de las circunstancias concretas concurrentes.

Puede conceptuarse además la reticencia a facilitar dicha información de interés como ocultamiento malicioso de información relevante que provoca un error en la otra parte, que como manifestación de dolo o error implica un vicio del consentimiento de la parte afectada y está sometida al régimen de anulabilidad, con un plazo de prescripción de cuatro años (art. 1301 CC).

Según la jurisprudencia, existirá dolo en los casos en que se produce la “reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte aprovechándose de ello”. En este sentido, se pronuncia, entre otras, la STS nº1279/2006 de 11 de diciembre<sup>463</sup>.

Como es evidente, no es aceptable informar mal, ya que el Código Civil en su art. 1269, se refiere a esa información engañosa, cuando define el dolo como “palabras o maquinaciones insidiosas”, porque provocan el error y, como consecuencia, vician el

---

<sup>462</sup> Ibidem. Pág. 2256.

<sup>463</sup> STS nº1279/2006 de 11 de diciembre (ROJ : STS 7809/2006; Id. Cendoj: 28079110012006101314). Recurso: 239/2000. Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández. Fundamento de Derecho Tercero:

“Existe una conducta insidiosa -con propósito de engaño- por parte del vendedor, dirigida a provocar la voluntad negocial, la cual, como declara la jurisprudencia, se puede manifestar tanto por las palabras empleadas -lo que se dice- como por la reticencia, consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato, y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico”.

consentimiento generando efectos indemnizatorios según el tipo de dolo de que se trate (dolo causante o dolo incidental).

El legislador ha incrementado esta exigencia, de tal manera que el dolo no solo comprende la información inexacta; también la información incompleta, cuando lo eludido es susceptible de provocar un conocimiento erróneo al receptor de tal información.

### **a- LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO**

Siendo el consentimiento parte esencial de un contrato, tal como lo determina el art. 1261 CC, debe haberse configurado de forma adecuada, por lo que será vicio del consentimiento todo aquello que haya evitado obtener este resultado. El artículo 1265 CC<sup>464</sup>, inspirado en el art. 1109 CCf, tasa aquellos supuestos, en que se puede frustrar la formación de un contrato, por darse el supuesto de vicios del consentimiento y que concretamente son: error, violencia, intimidación o dolo. Causas que facultan a la parte que sufre el vicio la impugnación de un contrato.

En este sentido, los vicios en nuestro ordenamiento jurídico se pueden producir, por tres causas:

- a- Por el hecho de que una de las partes provoque un error “sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato, sobre la persona o de aquellas condiciones de la misma que le hubiesen motivado a celebrarlo” (art. 1266 CC y art. 621-45.1 CCCat).
- b- Por el hecho de que se use violencia o intimidación, por una de las partes o de un tercero para “arrancar el consentimiento” (Arts. 1267 y 1268 CC)
- c- Que a través de palabras o maquinaciones insidiosas de una parte contratante o de un tercero, se induzca a celebrar un contrato, que sin ellas no lo hubiera celebrado. En este caso estaríamos ante un dolo viciante del consentimiento (Arts. 1269 y 1270 CC).

---

<sup>464</sup> Según el art. 1265 CC: “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”.

En lo que respecta al contrato de franquicia, se alega con frecuencia en la práctica por el franquiciado que el franquiciador no le suministró la información precontractual prevista en el art. 3 RD 201/2010, o bien se omitió parte de ella o se dio información falsa. Aunque a veces se utiliza, como argucia para dejar de pagar los *royalties* o para tratar de dejar sin efecto un contrato que le resulta excesivamente oneroso.

La SAP de Barcelona nº2/2019, de 11 de enero<sup>465</sup>, recuerda que el consentimiento que se presta para la formación de un contrato tiene que ser “serio, espontáneo y libre” y, que de no ser así, este será nulo. Y no lo será cuando intervenga “error, violencia, intimidación o dolo”. Así mismo, la Sentencia trata la cuestión de la excusabilidad del error en el caso concreto que vio la sala.

En derecho comparado europeo, el régimen de los vicios del consentimiento es análogo. Se tutela a la parte afectada con la facultad de exigir la anulabilidad del contrato por concurrir un vicio del consentimiento. No obstante, existen algunas diferencias, especialmente entre los países que se rigen por el sistema de *common law* y los continentales, en lo que se refiere al concepto de error. Así pues, en el sistema *common law* inglés, el error de una de las partes, en principio no es motivo de invalidez, pudiendo serlo de forma excepcional, cuando ambas partes incurren en error. Esta tesis jurídica no tiene en consideración un consentimiento perjudicado, estando justificado por los tribunales ingleses con base en la “*certainty*” del contrato, lo cual posiciona a la ley de forma que facilita las transacciones privadas. En esta línea argumental tenemos a IRAKLI<sup>466</sup>, quien suscribiendo esta tesis no expone que “por el contrario, la ley francesa de error toma como punto de partida una preocupación por la calidad del consentimiento

---

<sup>465</sup> SAP de Barcelona nº2/2019 de 11 de enero (ROJ: SAP B 51/2019; Id. Cendoj: 08019370132019100004). Recurso: 1063/2017; Ponente: Juan Bautista Cremades Morant. Fundamento de Derecho Quinto:

“El contrato debe nacer como consecuencia de la voluntad libre y consciente de quienes lo otorgan, lo que supone un consentimiento serio, espontáneo y libre, dado que en otro caso (mediando error, violencia, intimidación o dolo), será nulo, conforme al 1265 CC (en realidad se trata de defectos que constituyen una causa de anulabilidad del contrato ex arts. 1300 y ss, cuya prueba corresponde a quien los alegue); en principio, la voluntad se presume “*iuris tantum*” consciente, libre y espontáneamente manifestada, cuya presunción ha de ser destruida por la correspondiente prueba ( SSTS. 4.12.1990, 13.12.1992, 30.5.1995, 25.11.2000).”

<sup>466</sup> IRAKLY, T. (2017). « *The Principle of Freedom of Contract...* ». Op. Cit. Pág. 64.

("subjetivo" y, por lo tanto, "real") de cada una de las partes contratantes, y esto ha limitado a los tribunales franceses para que puedan extender la interpretación de las disposiciones del Código civil”.

## **b- LOS EFECTOS DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO**

Como avanzábamos, una vez formalizado el contrato de franquicia, por el acuerdo de voluntades, este puede ser anulado bajo determinadas condiciones si el consentimiento de una de las partes ha estado viciado, por error, dolo, violencia e intimidación (art. 1265 CC).

En este sentido, conviene traer a colación la STS nº910/1996 de 12 de noviembre<sup>467</sup>, que además de poner de manifiesto la aplicación del art. 1265 CC como fundamentación anular un contrato por vicios del consentimiento, señaló que las partes no pueden invocar la resolución de dicho contrato, cuando existen vicios del consentimiento, dado que al no existir el elemento esencial y constitutivo del consentimiento, el contrato no existía porque nunca llegó a formarse. Si bien, debemos matizar que esta doctrina jurisprudencial se aplica de forma cautelosa y de forma excepcional en aras de garantizar la conservación del negocio jurídico. Así, lo declara de forma muy ilustrativa la STS nº67/1998 de 16 de febrero<sup>468</sup>.

---

<sup>467</sup> STS nº910/1996 de 12 de noviembre (ROJ: STS 6273/1996; Id. Cendoj: 28079110011996102355). Recurso: 16271993; Ponente: Francisco Morales Morales. Fundamento de Derecho Tercero:

“(…) si se declara expresamente probado que, en la celebración de un contrato, el consentimiento de una de las partes contratantes estuvo viciado por error sustancial (además de por el dolo de la otra parte, como luego lo declara la sentencia recurrida), lo jurídicamente correcto y preceptivamente obligado es decretar la nulidad del referido contrato (artículo 1265 del Código Civil), de conformidad con la acción ejercitada (en forma alternativa), y no la resolución del mismo que aquí no se había dado, por razón de los expresados vicios del consentimiento, que determinaron su nulidad.”

<sup>468</sup> STS nº67/1998 de 16 de febrero (ROJ: STS 766/1998; Id. Cendoj: 28079110011998101887). Recurso: 11/1994; Ponente: Pedro González Poveda. Fundamento de Derecho Quinto:



La SAP de Barcelona nº349/2018 de 17 de julio<sup>469</sup> enjuicia una de las peticiones de anulabilidad contractual más habituales por parte de los franquiciados, en relación con el suministro de información precontractual económico/financiera que recibe el futuro franquiciado. Es habitual en la práctica forense alegar que la información que se suministró era intencionadamente falsa, cuando, por norma general, el demandante ha firmado un contrato de franquicia que estipula que la información económico/financiera que se le suministró era a título de estimación y que, en definitiva, los resultados económicos/financieros que el establecimiento tendría, estarían en función no solo del modelo de negocio de la franquicia sino también del nivel de eficiencia en la gestión del franquiciado y de factores externos como la ubicación del establecimiento, el nivel de competencia en la zona, las preferencias y capacidad de compra de los consumidores de la zona, etc. Y como es razonable ante estas circunstancias, los tribunales tienden a rechazar las pretensiones del demandante franquiciado de anular el contrato por vicios del consentimiento.

---

“Finalmente, ha de señalarse que, como establece la sentencia de 30 de mayo de 1991, la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio; apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (sentencias de 8 de mayo de 1962 y 14 de mayo de 1968, antecedidas y seguidas por otras en el mismo sentido); ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él”.

<sup>469</sup> SAP nº349/2018 de 17 de julio (ROJ: SAP B 7050/2018; Id. Cendoj: 08019370162018100343); Recurso: 960/2015; Ponente: Federico Holgado Madruga; Fundamento de Derecho Tercero:

“En la cláusula V del contrato se estableció expresamente que "el franquiciado reconoce que los estudios previsionales de mercado y rentabilidad que pueda haber realizado el franquiciador han sido calculados sobre la base de estimaciones económicas prudentes, sin que puedan ser considerados por el franquiciado como promesa o compromiso de rentabilidad hecha por el franquiciado". Y se agrega en la misma estipulación, como no podía ser de otra forma, que "el franquiciado reconoce que los resultados económicos de la franquicia que por este contrato se le otorga dependerán, en gran medida, de su capacidad de gestión empresarial, de la atención prestada a la clientela y de otros elementos tales como las posibles fuentes de competencia o los cambios en las preferencias del mercado (...)”.

“De lo hasta ahora expuesto se infiere la falta de concurrencia de uno de los esenciales requisitos exigidos por la jurisprudencia para la viabilidad de la acción de nulidad cimentada en vicio del consentimiento por error, cual es la prueba suficiente de la concurrencia de dicho error ( STS de 26 de diciembre de 1994”.

### **c- LA RETICENCIA**

La reticencia a facilitar información relevante para la perfección del negocio de franquicia puede manifestarse a través del silencio o, como en el caso de los vicios ocultos o redhibitorios, a través de conductas como las declaraciones inexactas sobre el estado de la cosa, las maniobras tendentes a la ocultación de sus defectos y las declaraciones sobre la carencia de defectos. En derecho inglés y en relación a la *misrepresentation*, existen las “medias verdades”, en las que se informa de algo, que en abstracto es verdadero, pero que induce a la otra parte a una representación errónea, no suministrándose la información necesaria para corregir dicha representación.

En los supuestos de error y dolo, es posible encontrar casos de abstenciones puras y otros en que estas se mezclan con las acciones.

En el error y en el dolo, tanto los tribunales se refieren al deber de informar en dos supuestos distintos. El error tiene lugar cuando durante la negociación de un contrato no se suministra cierta información que debió proporcionarse. En cuanto al dolo, se presenta, cuando además de la omisión consistente en no suministrar la información debida, existen ciertas acciones que contribuyen a explicar un falso concepto de la realidad que se formó una de las partes.

Según la jurisprudencia, existe reticencia dolosa o dolo por omisión cuando se calla o no se advierte a la otra parte, en contra del deber de informar que exige la buena fe. Así lo manifiesta la STS nº725/2017 de 1 de marzo<sup>470</sup>.

### **d- EL ERROR**

---

<sup>470</sup> STS nº725/2017 de 1 de marzo (ROJ: STS 725/2017; Id. Cendoj: 28079110012017100140). Recurso: 1181/2014; Ponente: Pedro José Vela Torres. Fundamento Jurídico Tercero: “La jurisprudencia también ha admitido que el dolo, en cuanto vicio del consentimiento, pueda consistir no sólo en la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también en la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico”.

El error es el conocimiento equivocado sobre las circunstancias fácticas (error de hecho) o jurídicas (error de derecho) en las que se formalizó el contrato de franquicia. Lo que comporta que la voluntad contractual no se haya formado adecuadamente, ya que, si la parte que incurre en el error hubiera conocido la realidad, es posible que no hubiera contratado o lo hubiera hecho de forma diferente. En este sentido, MORALES MORENO<sup>471</sup> manifiesta que “el error en cuanto a falsa representación de la realidad, se considera al menos desde una perspectiva psicológica, como un vicio o defecto de voluntad; y siendo la voluntad de los contratantes (consentimiento) un elemento del contrato puede constituir un vicio del propio contrato. Lo que está por ver es en qué medida un error psicológico puede tener transcendencia jurídica, hasta el punto de viciar un contrato”.

Para que el error genere responsabilidad en el causante es necesario el requisito de la culpabilidad. Así pues, si el error es espontáneo, y solo es imputable al que incurre en él, será su problema, y no podrá imputar responsabilidad a la contraparte.

Existe una zona intermedia entre el error espontáneo y el error provocado, ya que cabe el supuesto de falta de información o de información errónea, sin que el informador conozca que los datos que facilita no son ciertos, si bien por su posición jurídica razonablemente debería conocer, como sería el caso de un empresario franquiciador. Pero incluso en este caso, parece claro que se ha producido un incumplimiento culposo ya que existe una obligación de informar, por supuesto verazmente, y esa obligación no se cumple.

Existen supuestos concretos en los que la buena fe contractual entraña un deber informativo, como sería el caso del que adquiere una franquicia por error, y la otra parte o sea el franquiciador, sabiendo que esta no producirá los resultados esperados, calla y no se lo comunica al futuro franquiciado. En este caso, no solo existirá la facultad de anular del contrato por razón del error, sino que podrá exigirse una indemnización por los daños y perjuicios causados, ya que la buena fe contractual imponía un deber positivo de información que se ha infringido. Lo determinante no es solamente que el franquiciador conozca información relevante para el franquiciado que este último desconoce, sino

---

<sup>471</sup> MORALES MORENO, A. M. (2017). *El error de los contratos*. Madrid: Astrea. Pág. 58.

además es necesario que sepa o deba saber que el franquiciado ignora dicha información y que sea consciente de la relevancia que tiene para él.

Consideramos especialmente interesante, la aproximación que realiza DIEZ-PICAZO<sup>472</sup> sobre la cuestión con su habitual maestría, distinguiendo la relevancia del error en función del “examen del conflicto de intereses existente entre las partes, que entrañará la pretensión de desligarse del contrato o de cumplirlo” y exponiendo que, habiendo dos tipos de error, “lo relevante es el que permite a quien lo ha sufrido desligarse del contrato, por medio de una acción o de una excepción de nulidad, mientras que el irrelevante es aquel por el cual el que lo ha sufrido tiene que soportarlo ya que el contrato es válido y le obliga. La cuestión, nada fácil de resolver es saber cuándo se está en uno o en otro”.

Es relevante la concurrencia de la cognoscibilidad del error de la otra parte y su excusabilidad o imputabilidad. En este sentido, el contratante no errado que transmite la información incorrecta o que conoce la falta de representación que la otra parte se hizo de ella, ha debido conocer el carácter determinante para la celebración del contrato, del contenido de esa información para la otra parte y tal carácter básico tiene que haberse incorporado al contrato como presuposición del mismo, o al menos ha debido conocer el error de la otra parte y no haber actuado para eliminarlo<sup>473</sup>. En este sentido, MORALES MORENO<sup>474</sup>, en relación con la cognoscibilidad, manifiesta que “es un elemento a considerar para saber si el errante merece protección según las circunstancias, pero que podría no ser suficiente”.

Lo normal es que el error no produzca efectos jurídicos. En nuestro ordenamiento jurídico, existen dos limitaciones en la aplicación del error como vicio del

---

<sup>472</sup> DIEZ-PICAZO, L. (2007). “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...*” Op. Cit. Pág. 207.

<sup>473</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2013). Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nro. 738. Pág. 2257.

<sup>474</sup> MORALES MORENO, A. M. (1988). “*El error de los contratos*”. Op. Cit. Pág. 111.

consentimiento, que garantizan su carácter excepcional: su esencialidad y su excusabilidad.

En esta misma línea, se manifestó la SAP de Madrid nº286/2018 de 29 de junio<sup>475</sup>, que destaca la importancia de las características personales de quien sufre el error y a quien se le exige una diligencia media para obtener la información precontractual, para que dicho error sea considerado excusable; estableciéndose el criterio de la imputabilidad del error al causante en el supuesto de excusabilidad de quien padece el error:

- i. Cada parte debe informarse sobre las circunstancias y condiciones que considere esenciales para poder prestar su consentimiento;
- ii. La información tiene que ser fácilmente accesible;
- iii. Nadie puede omitir una atención y una diligencia exigible a una “persona medianamente cuidadosa”, tomando en consideración el grado de conocimiento del sector en el que esté inmersa la franquicia; y
- iv. Por otro lado, se establece en la citada Sentencia que la carga de la prueba reside en quien alega error por vicio en el consentimiento.

Acorde con lo anterior, observamos, una vez más, que ha recaído en el Tribunal Supremo la ingente tarea de resolver cuestiones que el Código Civil no resuelve adecuadamente.

---

<sup>475</sup> SAP de Madrid nº286/2018, de 29 de junio (ROJ: SAP M 11801/2018; Id. Cendoj: 28079370182018100270). Recurso: 203/2018; Ponente: Pedro Pozuelo Pérez. Fundamento de Derecho Tercero:

“El error es excusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular de acuerdo con los postulados del principio de buena fe. La diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, pues la función básica de requisito de la inexcusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración. Cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, tomando en consideración su condición de mayor o menor conocimiento y experiencia en el ámbito del tráfico jurídico en el que se genera el contrato”.

En este sentido, la STS n°745/2002 de 12 de julio 2002<sup>476</sup>, en relación con el error en el objeto, establece los requisitos del error invalidante, que los concreta en:

- i. Tiene que ser esencial;
- ii. No tiene que ser imputable al que lo padece;
- iii. Que no haya podido ser evitado por quien lo sufrió, empleando una diligencia media, considerando la condición de la persona;
- iv. Que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar;  
y
- v. Que exista un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en la contratación.

Así pues, para que el error produzca efectos jurídicos, debe tener una cierta entidad o esencialidad. Si bien, y coincidiendo con PIETROBON<sup>477</sup>, quien, a su vez, aporta unos ejemplos del error sustancial, el problema surge en cómo determinar la relevancia o nivel de dicha entidad (art. 1266 CC). Por lo que se puede deducir que no todo error que determina la voluntad es esencial. En esta línea argumental, el gran tratadista español CASTRO Y BRAVO<sup>478</sup> añade que “el dato sobre el cual recaía el error debía ser considerado como “base del negocio” o, dicho de otra forma, si las condiciones sobre las cuales recayó el error integraban la “causa” del contrato”.

---

<sup>476</sup> STS n°745/2002 de 12 de julio (ROJ: STS 5231/2002; Id. Cendoj: 28079110012002102381): Recurso: 324/1997; Ponente: Antonio Romero Lorenzo. Fundamento de Derecho Quinto: “(...) será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio, atendida la finalidad de este; y b) que no sea imputable al que lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas”.

<sup>477</sup> PIETROBON, V. (1971). *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 477. El autor, aporta unos ejemplos de error sustancial, como sería el caso del “error sobre los efectos legales del negocio, el error sobre cosa objeto de la prestación, el error sobre la cualidad e identidad y sobre la cantidad, el error sobre las cualidades de la persona y el error de derecho”.

<sup>478</sup> CASTRO Y BRAVO, F. (1985). “*El negocio jurídico...*”. Op. Cit. Pág. 111.

En cuanto a su esencialidad, existen dos formas de concebirla: objetiva y subjetiva. Según la aproximación subjetiva del error, para determinar carácter esencial hay que estar a los criterios de carácter psicológico. El error será esencial en la medida en que tuvo la aptitud suficiente para determinar la voluntad de quien incurrió en él. Desde un punto de vista objetivo, la información a que va referida el error, ha de formar parte del núcleo del negocio y ha de tener una relevancia sustancial para la conclusión del contrato, por parte de quien alega el vicio

#### **e- EL DOLO**

Existirá dolo cuando conscientemente se dan a conocer a la otra parte informaciones con datos incorrectos, falsos o inexistentes con el fin de provocarle una equivocación, pero también cuando no se corrigen informaciones previas que posteriormente se conoce que son incorrectas o se crea en la otra parte un estado de confianza en la concurrencia de unas circunstancias realmente inexistentes, o bien, cuando la parte que los conoce silencia conscientemente la información<sup>479</sup> relativa a defectos o circunstancias negativas del propio contrato o a su objeto o a las personas contratantes, que sean relevantes en el sentido de determinar a la otra parte a contratar o no, o a hacerlo en esas condiciones. Si bien, en buena parte de la doctrina clásica se excluía el dolo omisivo o reticencia dolosa;

---

<sup>479</sup> Así pues, la infracción de los deberes de información podrá realizarse mediante un comportamiento activo (transmitiendo una información falsa) u omisivo (no transmitiéndose una información que debería haberse comunicado). No obstante, tal como menciona GOMEZ CALLE, E. (1994). “*Los deberes precontractuales...*”. Op. Cit. Págs. 102-117, “mientras las falsas afirmaciones deberán sancionarse siempre, en el caso del silencio se requiere de un previo deber de hablar, por lo que especialmente importante determinar cuando existe este deber de informar. No obstante, el que además concorra o no una intencionalidad por parte de quien tenía la información determinará un alcance distinto de la sanción aplicable: anulabilidad o responsabilidad. Por otra parte, la inadmisibilidad de las informaciones falsas no es universalmente defendida”. En este sentido también ALONSO PÉREZ, M. (1971). “La responsabilidad precontractual”. Op. Cit. Págs. 907-908. Según el autor, “en la terminología germana “*Erkldrungspflicht y Anzeigepflicht*”, se comprenden fundamentalmente los supuestos de

en la actualidad, tal como señala LASARTE ALVAREZ<sup>480</sup> “cabe entender que el resultado calificado como doloso por el art. 1269 CC, puede alcanzarse por una conducta tanto activa como omisiva, lo que por otro lado se derivaría del principio de la buena fe del art. 7.1 CC y así lo entiende la gran mayoría de la doctrina actual”.

En derecho español el dolo es un vicio del consentimiento distinto del error, aportando parte de nuestra doctrina su propia definición de lo que entiende por dolo. En este sentido, el gran tratadista LACRUZ BERDEJO<sup>481</sup> declara que “el dolo supone la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad; sabiendo que puede ser dañoso a los demás; pero sin la necesidad de que este haya podido prever todos sus posibles efectos. Según la jurisprudencia, para que haya dolo no es precisa la voluntad de dañar, sino que basta con infringir el deber, que haya mala fe; tener conciencia de que se realiza un acto ilícito”.

Así pues, la infracción de los deberes de información podrá realizarse mediante un comportamiento activo (transmitiendo una información falsa) u omisivo (no transmitiéndose una información que debería haberse comunicado). No obstante, tal como menciona GOMEZ CALLE<sup>482</sup>, “mientras las falsas afirmaciones deberán sancionarse siempre, en el caso del silencio se requiere de un previo deber de hablar, por lo que es especialmente importante determinar cuándo existe este deber de informar. No obstante, el que además concorra o no una intencionalidad por parte de quien tenía la información determinará un alcance distinto de la sanción aplicable: anulabilidad o responsabilidad. Por otra parte, la inadmisibilidad de las informaciones falsas no es universalmente defendida”. En este sentido, también ALONSO PÉREZ manifiesta que “en la terminología germana “*Erklärungspflicht* y *Anzeigepflicht*”, se comprenden

---

<sup>480</sup> Por todos, Vid. a LASARTE ÁLVAREZ, C., (2011) en “Contratos, T. III...” Op. Cit. Pág. 29. Así mismo,”; Castro y Bravo (1985), Díez-Picazo (2007), Rivero Hernández (2003), Morales Moreno (2010), etc.

<sup>481</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. (2007). *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones. Teoría General del contrato*. Madrid: Dykinson. Pág. 451.

<sup>482</sup> GOMEZ CALLE, E. (1994). “*Los deberes precontractuales...*”. Op. Cit. Págs. 102-117. Alonso Pérez, M. (1971). “La responsabilidad precontractual”. Op. Cit. Págs. 907-908.



fundamentalmente los supuestos de nulidad contractual cuyas causas conocidas o debiendo serlo por una parte no se pusieron en conocimiento de la otra”.

En relación con el deber de informar, para que pueda existir dolo, es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- i. Es un engaño causado de forma maliciosa a través del cual se hace creer a la contraparte lo que no existe u ocultándole la realidad. Si bien es requisito el que exista una intención de engañar, no siempre se produce un perjuicio, el cual no es necesario para que exista dolo, ya que es suficiente con la acción del engaño como consecuencia de un acto ilícito. En este sentido es muy ilustrativa la STS 559/2001 de 3 de mayo (ROJ: STS 4568/2001; Id. Cendoj: 28079110012001102030).
- ii. Tiene que haber sido grave para que conlleve como resultado la nulidad del contrato, dado que el dolo incidental solo conllevará como consecuencia una indemnización por daños y perjuicios, al considerarse que no ha condicionado la conclusión del contrato y que no ha sido tampoco la causa de la prestación del consentimiento (art. 1270 CC). Para LACRUZ BERDEJO<sup>483</sup>, “el dolo determinante o grave produce la nulidad del contrato cuando provoca cualquier error que induce a contratar. El ordenamiento no exige ninguna cualificación del error, aparte de ser determinante de la contratación, esto es, la de ser esencial como consentimiento, por lo que el error provocado puede ser de cualquier tipo”. Y en esta línea argumental, DIEZ-PICAZO<sup>484</sup> puntualiza la dificultad de discernir si se está ante un caso de dolo causante o de dolo incidental, cuando expresa que “la diferencia así trazada es de muy difícil aplicación en la práctica, pues obliga en el terreno de las puras hipótesis. Se hace necesario averiguar, más bien conjeturar si de no haber existido el engaño el contrato se hubiera o no se hubiera celebrado”.
- iii. Puede ser causado por el simple silencio. La jurisprudencia lo describe como de “*la reticencia dolosa del que calla y no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe*”. Por lo que se estará ante un dolo negativo o por omisión si previamente existe un deber de informar según el principio de la buena

---

<sup>483</sup>LACRUZ BERDEJO, J. L. (2007). “*Elementos de Derecho Civil...*”. Op. Cit. Pág. 368.

<sup>484</sup>DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Teoría del Contrato. Sexta Edición*. Cívitas - Thomson Reuters. Págs. 198-206.

fe o conforme a los usos del tráfico mercantil. La STS nº1086/1998 de 27 de noviembre<sup>485</sup>, así lo considera, aunque conviene advertir que no puede equipararse, sin más, el incumplimiento de un deber legal de informar con el dolo.

iv. El dolo no tiene que haber sido empleado por las dos partes contratantes; si bien la mayoría de la doctrina se inclina por respetar la validez del contrato. Así lo considera la STS nº559/2001 de 3 de mayo<sup>486</sup>.

v. El dolo tiene que probarse. Así lo confirma la STS 559/2001 de 3 de mayo<sup>487</sup>.

En el caso del error, se considera información relevante toda aquella que, de alguna manera, ha quedado incorporada al contrato. En el caso del dolo, el ámbito se amplía, ya que a lo estipulado en el contrato puede añadirse cualquier otro tipo de información en la medida que haya determinado a la víctima a contratar. El hecho de que dicha información sea relevante, no indica que necesariamente se haya tenido que suministrar. Con la relevancia no es suficiente, ya que es necesario determinar, si la buena fe exige la entrega de dicha información.

En el ámbito de la franquicia, son pocas las sentencias de nuestros tribunales en que es admitido el dolo, cuando se refiere a vicios del consentimiento, ya que en la mayoría de

---

<sup>485</sup> STS nº1086/1998 de 27 de noviembre (ROJ : STS 7087/1998 ; Id. Cendoj: 28079110011998101836). Recurso: 1257/1994; Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Fundamento de Derecho Primero:

“(…) con base a tal premisa, hay una clara aparición del dolo a través no solo de una maquinación directa, sino también una reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que ello lo pueda invalidar la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada”

<sup>486</sup> STS 559/2001 de 3 de mayo (ROJ: STS 4568/2001; Id. Cendoj: 28079110012001102030). Recurso: 1407/1996; Ponente: José de Asís Garrote. Fundamento de Derecho Tercero:

“(…) para que pueda ser apreciado el dolo o en su caso el error, que produzca la nulidad del contrato, estos han de ser graves, y el dolo no haber sido empleado por las dos partes contratantes”

<sup>487</sup> STS 559/2001 de 3 de mayo (ROJ: STS 4568/2001; Id. Cendoj: 28079110012001102030). Recurso: 1407/1996; Ponente: José de Asís Garrote. Fundamento de Derecho Tercero:

“(…) en todo caso ha de probarse que el dolo no se presume -se dice en la sentencia de esta sala de 29 de marzo de 1994-, sino que debe ser acreditado por quien lo ha alegado pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones”.

los casos es desestimado. Un ejemplo de ello, lo tenemos en la SAP de Burgos nº221/2017 de 12 de abril 2017<sup>488</sup>.

La STS nº6808/1989 de 28 de noviembre<sup>489</sup> recoge el concepto de “reticencia dolosa”, del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar. Además, en los fundamentos de derecho de la referida Sentencia se hace referencia a diferentes sentencias del alto tribunal que sientan jurisprudencia sobre el dolo, como vicio del consentimiento, poniendo énfasis en que el dolo no se presume, sino que tiene que demostrarse cumplidamente. Por otro lado, dicha Sentencia, enumera los requisitos que la jurisprudencia exige para que se pueda apreciar que concurre vicio del consentimiento por dolo, y estos son los siguientes:

- i. El empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que pueda consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión; y
- ii. La inducción que tal comportamiento ejerce sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado.

---

<sup>488</sup> SAP de Burgos nº221/2017 de 12 de abril (ROJ: SAP BU 364/2017; Id. Cendoj: 09059370032017100177). Recurso: 444/2016; Ponente: José Ignacio Melgosa Camarero. Fundamento de Derecho Tercero:

“(…) existencia dolo civil civil o error que vicia el consentimiento prestado, alegando, en síntesis, como fundamento de tal pretensión que el demandante franquiciador la engañó y la hizo incurrir en error, pues la franquicia objeto del contrato sencillamente no existía, no teniendo el demandante registrada la marca ni la franquicia cuando se suscribió el contrato, el "know how" que se transmitió mediante la entrega del manual de la franquicia no tiene el carácter de propio, singular y sustantivo(…).“Tal pretensión de anulación del contrato por vicio que invalida el consentimiento debe ser desestimada”. “(…) tal error no puede calificarse como excusable, pues de haber empleado tal demandada una diligencia media en la contratación podía haber recabado información sobre la franquicia contratada”

<sup>489</sup> STS nº6808/1989 de 28 de noviembre (ROJ : STS 6808/1989; Id. Cendoj: 28079110011989100742). Ponente: Pedro González Poveda. Fundamento de Derecho Cuarto: “...ha de decirse que definido en el art. 1.269 del Código Civil el dolo como vicio del consentimiento contractual, comprensivo no sólo de la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también de la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, tal concepto legal exige la concurrencia de dos requisitos: el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que pueda consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado.”

En cuanto a la petición de nulidad del contrato con base en la existencia de dolo como vicio del consentimiento contractual, esta petición fue rechazada, como en la mayoría de los casos que se alega tal argumento, y casi siempre sucede en la práctica forense que es por falta probatoria.

#### **f- LA VIOLENCIA Y LA INTIMIDACIÓN**

Así como el error y el dolo comporta un conocimiento incorrecto de la realidad por una causa atribuible a la contraparte, dando lugar a una manifestación de la voluntad, que, si bien es emitida de forma libre, esta se encuentra viciada por tal conocimiento erróneo. En la violencia y en la intimidación existe una influencia exterior sobre el sujeto que provoca una declaración de voluntad privada de libertad. El sujeto conoce la realidad, pero a la vez es consciente de que, seguramente no le conviene tal declaración, pero la manifiesta debido a la presión a la que está sometido. Se estaría en el supuesto de los arts. 1267 y 1268 CC. Al respecto, en la STS nº193/1992 de 5 de marzo<sup>490</sup> se remarca que, aunque la intimidación vicia el consentimiento, como en los casos de error o dolo, no elimina la voluntad contractual, por lo que debe considerarse como efecto la anulabilidad y no la nulidad contractual.

#### **g- LA VENTAJA INJUSTA**

Las diferentes propuestas armonizadoras de derecho contractual consideran como causa de anulabilidad contractual la ventaja injusta. Supuestos que se dan con relativa frecuencia en el marco de la franquicia, por las fuertes asimetrías de poder y de información existentes en alguna de las fases de formación del contrato.

---

<sup>490</sup> STS nº193/1992 de 5 de marzo 1992; (ROJ: STS 1835/1992: Id. Cendoj: 28079110011992103859) Ponente: Francisco Morales Morales; Fundamentos de Derecho Séptimo:

“(…) la intimidación («vis compulsiva»), aunque vicia el consentimiento, no lo excluye, ni elimina («voluntas coacta, voluntas est»), y, en consecuencia, como norma general, sólo da lugar a la mera anulabilidad, no a la nulidad radical del contrato respectivo (artículo 1.300 del Código Civil)”.

Precisamente tiene en cuenta esta figura jurídica el art. 1301 del PMCC, bajo el concepto de “ventaja excesiva”, que se daría en el supuesto de que una de las partes “se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas, o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o de su falta de previsión”. De ser así, la parte que ha sufrido la ventaja injusta puede exigir la anulación del contrato o la modificación de su clausulado para “adaptarlo a las exigencias de la buena fe”.

Por otra parte, en la regulación de la compraventa prevista en el Libro VI CCCat, junto a la figura de la rescisión por lesión, se regula la “ventaja injusta” (art. 621-45), que faculta al perjudicado para exigir la rescisión del contrato. A partir de este precepto, se pueden establecer los siguientes requisitos:

- i. Una falta de libertad, debido a la dependencia con la otra parte, su situación de vulnerabilidad económica o su situación de necesidad.
- ii. Una falta de conocimiento, por la existencia de una relación de confianza o por la incapacidad o la manifiesta ignorancia o falta de experiencia.

## **h- LA DILIGENCIA DEBIDA Y LA EXCUSABILIDAD**

Diligencia y excusabilidad no pueden situarse en planos simétricos, ya que la diligencia no es más que uno de los factores concurrentes que pueden determinar el juicio de la excusabilidad.

Pues bien, tanto una parte de la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que, para que el error sufrido en la formación del contrato tenga un efecto invalidante debe ser esencial y excusable. En este sentido tenemos a PAGADOR LOPEZ<sup>491</sup>, que manifiesta que “para la jurisprudencia es relevante que el error sea inexcusable, es decir que no haya

---

<sup>491</sup> PAGADOR LÓPEZ, J. (1999). Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nro. 2, 1850-1856.

podido ser evitado por la persona que lo sufrió habiendo actuado de forma diligente o razonable”. Así mismo, citamos la STS n°756/1996 de 28 de septiembre 1996<sup>492</sup>.

La excusabilidad es un requisito que no está recogido en la ley de forma expresa, pero que como hemos podido observar, sí lo estima aplicable la jurisprudencia con base en los principios de autorresponsabilidad y de buena fe (art. 7 CC).

Un fundamento de la excusabilidad radica en impedir que la norma proteja a quien ha padecido el error, pero que no es merecedora de tal tutela porque ha actuado de forma negligente, trasladando tal protección a la otra parte contratante. Y otro fundamento de la jurisprudencia al tratar la excusabilidad, es el principio de la buena fe, que exige evaluar nos solo desde este principio la conducta del que informa, sino también la de quien recibe tal información.

Así pues, quien comete un error inexcusable no es digno de ser protegido por ley y como resultado de ello, no podrá solicitar la nulidad del contrato, aunque la voluntad estuviera afectada por vicio en el consentimiento desde el origen.

La dificultad radica en determinar los criterios para apreciar la excusabilidad del error. Contribuyendo a su análisis MORALES MORENO<sup>493</sup> expone que “es excusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. Con base en los principios que se derivan de la buena fe, para la apreciación de la diligencia deben considerarse todo tipo de circunstancias que concurran en el caso, incluso las personales inherentes a las dos partes”.

---

<sup>492</sup> STS n°756/1996 de 28 de septiembre (ROJ: STS 5105/1996; Id. Cendoj: 28079110011996101691). Recurso: 3954/1992; Ponente: Pedro González Poveda. Fundamento de Derecho Quinto:

“(…) según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 del Código Civil; es inexcusable el error (sentencia de 4 de enero de 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular (...)”.

<sup>493</sup> MORALES MORENO, A. M. (2014). De la excusabilidad a la imputabilidad en el error. *AAMN*, XXIX, p. 50.

La jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, dejando en la penumbra qué se entiende por tal “diligencia exigible” y cómo se distribuyen entre las partes las cargas precontractuales de información.

En principio, debemos considerar que cada parte ha de procurarse información de las circunstancias y condiciones que les son esenciales o relevantes, en los casos que les es fácilmente accesible o les supone un menor coste su obtención. Por ejemplo, la que se obtiene accediendo a registros de carácter público y oficiales como el Registro Mercantil o el Registro de la Propiedad o la Base de Datos de Marcas y Nombres Comerciales del Ministerio de Industria Comercio y Turismo.

La diligencia se aprecia también, teniendo en cuenta las condiciones subjetivas de las partes, no solo del que ha padecido el error, también de la otra parte. Así es más elevado el deber de diligencia que se le exige al profesional o al experto del sector o a una empresa organizada que a un empresario que no conoce dicho sector. En el caso del franquiciado se le exigiría un nivel alto de diligencia en algunos supuestos y respecto del franquiciador en la gran mayoría de ellos, ya se trata de empresas con experiencia en el sector y en la franquicia. En este sentido, la SAP de Madrid nº519/2018, de 20 de noviembre 2018<sup>494</sup>, establece el concepto de “regular diligencia” y lo concreta en las condiciones subjetivas de la parte que debió informarse y en “las posibilidades que tuvo a su alcance para evitar el error”.

La aproximación objetiva al concepto de “diligencia debida” sugiere que no basta que el error haya sido determinante. Es necesario que concurren otras circunstancias, como la cualidad del objeto o de la persona sobre la cual se erró según los criterios del tráfico

---

<sup>494</sup> SAP de Madrid nº519/2018, de 20 de noviembre (ROJ: SAP M 15324/2018; Id. Cendoj: 28079370102018100478). Recurso: 543/2018; Ponente: María Dolores Planes Moreno. Fundamento de Derecho Cuarto:

“(…) el error debe ser inexcusable o, lo que es lo mismo, que no se haya podido evitar con una regular diligencia (STS de 12 de junio de 1982). La apreciación de tal exigencia debe calibrarse en función, entre otros factores, de las condiciones subjetivas del contratante que propugna la nulidad y de las posibilidades que haya tenido a su alcance para detectar el hipotético error para evitarlo”.

jurídico o del propio contrato. DE VERDA y BEAMONTE<sup>495</sup>, en relación con la diligencia debida, exponen que “parece evidente que el grado que se exige al destinatario de la declaración para descubrir el error del que la emite no es el mismo que se impone al *errans* para evitar dicho error. Ya que es obvio que, dado un contrato con intereses contrapuestos, no se puede pedir a una de las partes que cuide de los intereses de la otra parte como si fueran suyos”.

El principio de la autorresponsabilidad exige que, para evitar su propio error, cada una de las partes se comporte con una diligencia media, según las circunstancias de cada caso.

Por su parte, el principio de la buena fe solamente exige que no se incurra en una negligencia grosera o culpa lata al no detectar el error de la otra parte, pero no va ni debe ir más lejos. Lo que se traduce en que, al destinatario de la declaración, no se le exige un deber de informarse para informar, sino más bien un deber de conocer aquellos errores que, salvo culpa lata o grosera, no hubiera podido ignorar.

Para anular el contrato en estas circunstancias no es necesario la concurrencia de mala fe ni negligencia de la parte contratante, pudiéndose dar el caso de que el contrato se anule aun cuando dicha parte sea ajena al error (no lo conozca, ni deba conocerlo, ni lo haya causado).

## **i- NULIDAD DEL CONTRATO**

La SAP de Barcelona nº71/2019 de 19 de febrero<sup>496</sup> declaró la nulidad de un contrato de franquicia con base en la omisión del deber de informar que exige el RD 201/2010.

---

<sup>495</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (1999). Error y responsabilidad en el contrato. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 133.

<sup>496</sup> SAP de Barcelona nº71/2019 de 19 de febrero (ROJ: SAP B 1120/2019; Id. Cendoj: 08019370162019100069). Recurso: 46/2017. Ponente: Marta Rayo Ayezuren. Fundamento de Derecho único:

“La información previa al contrato facilitada por Imored guardó silencio sobre la exigente normativa que, desde cinco años antes, regulaba el sector de actividad del negocio objeto de la franquicia. Esa normativa fue también ignorada en la formación al franquiciado inmediatamente



Se debería entender incumplido el deber de información cuando la parte ignorante puede imputar a la otra su ignorancia, por haber sido quien le proporcionó una información falsa o errónea (no necesariamente de modo doloso), o por considerar que la omisión fue contraria a la buena fe, atendiendo a las circunstancias del caso<sup>497</sup>. En este sentido, DE CASTRO<sup>498</sup> argumenta que “el principio de responsabilidad negocial exigiría valorar la buena fe de la conducta y el modo de cumplir según ella los deberes de informar y de informarse. No existiendo en este punto una respuesta general y apriorística, sino que va a depender en cada caso de que la buena fe exija o no transmitir la información que se posee a la otra parte”.

Según el art. 1266 CC y la jurisprudencia, se tienen que considerar ciertos requisitos para que el contrato pueda ser anulado por vicios del consentimiento:

- i. El art. 1266 del CC impone la condición de que “*para que el error invalide el consentimiento, este deberá recaer sobre la sustancia de la cosa, que fuere objeto del contrato*”. Por otra parte, “*el error sobre la persona solo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiera sido la causa principal del mismo*”. Requiriéndose, por tanto, que el error sea esencial para la persona que lo sufre.
- ii. Existe una exigencia jurisprudencial de que el error sea esencial, debiendo recaer sobre algún elemento determinante en el momento de la formalización del contrato, tanto si es sobre el objeto como sobre la persona. Y de que este sea excusable, no pudiéndose considerar que hubo error-vicio si la parte que lo sufre no actuó de forma diligente para evitarlo.

A destacar, el hecho de que la franquicia no esté inscrita en el Registro de franquiciadores, según la SAP de Barcelona n°349/2018<sup>499</sup> no supone que el error sea esencial y, por tanto,

---

posterior a la firma del contrato. (...) Por lo expuesto, estimaremos la pretensión de nulidad del contrato, por vicio de error en el consentimiento.

<sup>497</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2013). Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nro. 738, Pág. 2262.

<sup>498</sup> DE CASTRO, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, p. 116.

<sup>499</sup> SAP de Barcelona n°349/2018 de 17 de julio (ROJ: SAP B 7050/2018; Id. Cendoj: 08019370162018100343). Recurso: 960/2015; Ponente: Federico Holgado Madruga. Fundamento de Derecho Segundo:

no es suficiente para comportar la ineficacia del contrato. El art. 5 del RD 201/2010 que establecía el requisito de registro en el Registro de Franquiciadores fue derogado como hemos podido ver en capítulos anteriores.

## **j- LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

Prácticamente todas las propuestas armonizadoras como los PECL, los Principios UNIDROIT, el MCR y Proyecto elaborado por el Grupo de Pavía, al igual que nuestros APLCM y las dos PMCC, contemplan una regulación más completa y avanzada sobre los vicios del consentimiento que la prevista en nuestro Código Civil.

Este déficit normativo de nuestro sistema, como suele ser habitual en derecho de la contratación viene siendo suplido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aplicando y desarrollando el principio de la buena fe, entre otras referencias.

El contenido relativo a los vicios del consentimiento que contempla la PMCC, redactada por la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, constituye un importante avance en muchos aspectos del derecho civil de la contratación. La regulación del error en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (también PMCC) la encontramos en el art. 1298<sup>500</sup>.

---

“La falta de inscripción de la empresa demandada en el Registro de Franquiciadores no se configura como circunstancia potencialmente determinante de la nulidad del contrato. Ya en la sentencia de esta Sección de 9 de julio de 2007 se advertía que aquella falta de inscripción en modo alguno podría producir la invalidez del contrato de franquicia, sino las consecuencias administrativas que procedan, a las que la demandada está aún expuesta, como es obvio”.

<sup>500</sup> Art. 1298 PMCC:

- 1- “El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes”: “a) Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante”. b) Que esta última hubiera conocido o hubiera debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció) Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error”.

La esencialidad del error a que se refiere el art. 1298 PMCC es unilateral y objetiva. Es unilateral porque, para provocar la anulación del contrato, es suficiente con que lo invoque la parte que sufre el error. Y es objetiva porque no se valora si el error es esencial desde la concreta situación de la víctima, sino que se consideran los parámetros subjetivos de una “persona razonable”. Por su parte, el MCR, a diferencia de este precepto legal, sí toma en consideración las circunstancias subjetivas del que sufre el error y el conocimiento de dichas circunstancias por la otra parte contratante.

Así mismo, no se podrá anular el contrato en caso de error excusable, es decir, cuando se deba a culpa de quien lo padeció.

También prevé la norma que el contrato no será anulable cuando la parte que lo padeció debía, conforme al contrato, soportar el riesgo del error. Concepto muy similar a lo que establecen los arts. II-7:201 MCR y el art. 3.5 Principios UNIDROIT.

De esta forma, si concurre alguno de los cuatro supuestos previstos en esta norma se podrá anular el contrato por error. No obstante, de acuerdo con las exigencias de la buena fe y tal como lo estipula también el MCR, el art. 1298.4 PMCC prevé la posibilidad de adaptación del contrato por la otra parte contratante, cuando esta tras ser informada del error, comunique sin dilación su voluntad de ejecutar el contrato en los términos pretendidos por la parte que lo ha sufrido. En ese sentido, BERCOVITZ RODRIGUEZ<sup>501</sup>, añadiendo los autores que no será abusivo cuando la rectificación se ofrece tardíamente, *“cuando por las circunstancias del caso y según las valoraciones éticas imperantes en el tráfico, es la pretensión de mantenimiento del contrato la que se hace abusiva frente a*

- 
- 2- “Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo hubiera hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas”.
  - 3- “Los contratos no serán anulables por error cuando este sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error”.
  - 4- “Tampoco podrá anularse el contrato cuando la otra parte contratante, tras ser informada del error, comunique sin dilación su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por la parte que lo ha sufrido.”

<sup>501</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., & MARTÍN LÓPEZ, J. M. (2013). *Tratado de contratos*. Editorial Tirant lo Blanc. Pág. 48.

*un sujeto que ya ha tomado entre tanto otras medidas y disposiciones cuya eliminación le supone un perjuicio ilegítimo”.*

El art. 1298 PMCC equipara los efectos del error de hecho a los de derecho y aplica el régimen del error vicio al error en la declaración de voluntad. Así pues, para que el contrato sea anulable, el error deberá ser esencial y excusable y que la parte que ha provocado el error conozca o deba conocer el error.

El dolo se encuentra regulado en el art. 1300 de la PMCC <sup>502</sup>, pudiéndose apreciar en este precepto, tanto el resultado de las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo como los vestigios de la regulación del Código Civil vigente. De las primeras, tendríamos la referencia a que el dolo puede proceder de la “ocultación maliciosa de alguna información”, matíz que ya venía incorporando nuestro Tribunal Supremo. En relación con la influencia de los arts. 1269 y 1270 CC, se puede observar que desaparece la referencia a que sin dolo no se hubiera celebrado el contrato y se mantiene la mención de la “gravedad” del dolo.

En lo que respecta a la versión que nos ofrecen los profesores de derecho civil de la PMCC observamos que esta incorpora prácticamente los mismos conceptos que el texto normativo preparado de la Comisión General de Codificación y que ha venido utilizando hasta la fecha la jurisprudencia. No obstante, introduce algunas precisiones normativas que mejoran la regulación y que a continuación pasamos a enumerar:

- a- Considera la acción declarativa de nulidad de carácter imprescriptible;
- b- Introduce el concepto de relevancia del error; considerando el error cuando ha sido provocado por una información facilitada por la contraparte o cuando “la

---

<sup>502</sup> Art. 1300 PMCC:

“1. Hay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento con palabras o maquinaciones insidiosas o mediante la ocultación maliciosa de alguna información, que teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado”.

“2. Para que haga anulable el contrato el dolo deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes”.

“3. El dolo incidental solo obliga al que lo empleo a indemnizar daños y perjuicios.”

- contraparte ha conocido o debido conocer el error y es contrario a la buena fe, el mantener en el a la parte que lo padece” o “cuando la otra parte ha incidido en el mismo error”;
- c- En el supuesto de dolo, el contrato podrá anularse si se ha producido un “error esencial”;
  - d- En el supuesto de dolo incidental se ofrece la posibilidad de “reducir el precio” como alternativa a la indemnización;
  - e- En el caso de un excesivo desequilibrio entre las prestaciones del sinalagma contractual, se ofrece la posibilidad de reequilibrar el contrato “revisando el precio”;
  - f- Introduce el concepto de “Confirmación del contrato”, mediante el cual “si la parte que tiene derecho a anular el contrato lo confirma expresa o tácitamente, tras haber sabido que había una causa de anulabilidad y habiendo esta cesado, el contrato ya no puede anularse”; y
  - g- La prescripción de la anulación del contrato por error o por dolo pasa de dos a tres años.

### 11.3 EL *SOFT LAW* DE LA CONTRATACIÓN

El Capítulo 7 del MCR trata las causas de invalidez del contrato, iniciando su articulado, al tratar del ámbito de aplicación en su art. II- 7:101 MCR y concretamente en su apartado a) se refiere al “error, dolo, amenazas o la explotación injusta”, regulándolo de forma más completa que los PECL y los Principios UNIDROIT.

El art. II-7:201 MCR<sup>503</sup> regula el error como vicio del consentimiento.

---

<sup>503</sup> Art. II-7:201 MCR:

- 1- “Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su celebración si”:
  - a) “La otra parte sabía o podía razonablemente esperarse que supiera que la víctima del error, si no hubiera existido dicho error, no hubiera celebrado el contrato, o solamente lo hubiera celebrado en condiciones substancialmente diferentes; y,”

El art. II-7:201 MCR tiene sus orígenes en el art. 4:103 PECL y es una regulación similar a la de los principios UNIDROIT, si bien en dicho precepto se exige que, en el momento de anular el contrato, la contraparte de quien incurre en el error no haya actuado razonablemente conforme a dicho contrato.

Hemos de valorar como una deficiencia del MCR que no defina el concepto de error de hecho o de derecho; si bien, se puede entender como el conocimiento equivocado en relación con las circunstancias fácticas (error de hecho) o jurídicas (error de derecho) en las que se celebró el contrato.

Este error en el conocimiento de la realidad genera que la voluntad contractual no se haya construido adecuadamente, de tal forma que si la parte que negocia hubiese conocido dicha realidad no hubiese concluido el contrato o lo hubiese hecho en unas condiciones diferentes. Se está pues ante una voluntad viciada. Si bien, según el MCR, este vicio del consentimiento no siempre comporta la ineficacia del contrato, ya que ello dependerá de la conducta de las partes contratantes.

A la parte que sufre el error se le imponen los siguientes requerimientos:

- a- Si el error fue excusable no podrá anular el contrato. De tal manera que no procederá la anulación cuando el error se debe a la propia negligencia de la parte que lo sufre, que no ha hecho todo lo necesario para evitarlo.

- 
- b) “La otra parte: i- Provoca el error. ii- Es la responsable de que el contrato se celebrara con error, ya que sabía, o es razonable suponer que sabía, de la existencia del error y no obstante permitió a la parte equivocada permanecer en su error, de forma contraria a los principios de buena fe y honradez en los tratos. iii- Es la responsable de que el contrato se celebrara en condiciones erróneas por no cumplir con su deber de información precontractual, o con el deber de establecer un sistema para corregir los errores de introducción de datos; iv- Incurrió en el mismo error”.
- 2- “Sin embargo, una parte no podrá anular el contrato, si: a) Atendidas las circunstancias el error fuese inexcusable. b) La víctima hubiere asumido el riesgo de error, o atendidas las circunstancias, debiera correr con el riesgo de error.”

- b- Tampoco podrá anularse el contrato si la víctima hubiera asumido el riesgo de error, debiendo en este caso soportar tal riesgo. En este supuesto, se tratará más de un desconocimiento o falta de conocimiento que de error o conocimiento equivocado.

A la contraparte se le imponen los siguientes requerimientos, para que el contrato pueda ser anulado por error:

- a- Que fuese el causante del error. Frecuentemente, el error de la víctima esta provocado por la recepción de una información incorrecta proveída por la otra parte. Aquí, no se requiere intención de engañar, ya que de darse estaríamos ante una conducta dolosa del art. II- 7:205 MCR.
- b- Que no hubiese advertido del error a la víctima, si dicho silencio es contrario a la buena fe y al principio de honradez en los tratos. El error, en este caso, debe ser conocido por él.
- c- Que no hubiese cumplido con el deber de información precontractual. En este caso sería por omisión de este deber.
- d- Que también haya incurrido en el mismo error que la otra parte, ya que este era desconocido por ambos.

Como hemos señalado, el tratamiento legal del dolo en el art. 1266 CC, a diferencia de lo previsto en el MCR, no contiene ninguna referencia explícita ni a la excusabilidad del error ni a las circunstancias objetivas de la otra parte.

El art. II-7:202 MCR deriva del art. 4:104 PECL y referencia el supuesto de inexactitud en la expresión o los fallos en la transmisión de una declaración, considerándolo como un error de la persona que hizo o envió la declaración.

Así como el error vicio manifestado en el art. II-7:201 MCR, tiene como consecuencia un vicio en la formación de la voluntad, este artículo trata del error al declarar una voluntad que se ha formado correctamente. De esta forma, la voluntad real no coincide con la voluntad declarada.

Para que se de este supuesto de error (obstativo), es necesario que este no pueda desvanecerse conforme las reglas de interpretación de los contratos. Y si no se puede solventar mediante estas reglas interpretativas, se aplicarán las reglas del error-vicio del art. II-7:201 MCR. El error obstativo no está regulado por nuestro ordenamiento jurídico. Doctrina y jurisprudencia coinciden en exigir al error obstativo, para que sea relevante, los mismos requisitos que al error vicio; esto es, que sea esencial y que sea excusable. Por otro lado, no están de acuerdo que sea salvable por vía interpretativa, a diferencia del MCR.

En el art. II-7:203 MCR se contemplan dos posibilidades como soluciones diferentes a la ineficacia del contrato en aplicación del principio de conservación del negocio jurídico. La primera se refiere al cumplimiento del contrato conforme la voluntad real del declarante, por el que el contrato no será anulado si se cumplen una serie de requisitos, y la segunda posibilidad que evitaría la anulación de contrato, sería la adaptación del contrato cuando ambas partes contratantes hubiesen cometido el mismo error, cumpliéndose también los requisitos establecidos para ello. Al respecto, conviene recordar que, en nuestro Código Civil, en caso de error no existe tal remedio de adaptación del contrato.

La responsabilidad derivada de las pérdidas causadas por haber confiado en una información errónea durante las negociaciones se sitúa en el art. II-7:204 MCR, donde se otorga a la víctima un derecho indemnizatorio por daños, que existirá incluso si el contrato no llegara a anularse.

A pesar de que el error no sea esencial y, por tanto, no proceda la anulación del contrato, se podrá exigir responsabilidad a la otra parte por las pérdidas sufridas a consecuencia de la información errónea. La norma impone en este caso dos condiciones: *“a) que la persona que facilitó la información creyese que esta era incorrecta o no tenía motivos razonables para creer que era correcta y b) que sabía o podía razonablemente esperarse que hubiese sabido que el destinatario de la información suministrada confiaría en dicha información para decidir si celebraba o no el contrato en los términos acordados”*. Esta regulación es similar en su contenido a la del art. 1270.2 CC, que determina que el dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios, precepto que a la vez es coincidente con el 1rt. 1300.3 PMCC.



Lo referente al dolo, lo encontramos en el art. II-7:205 MCR<sup>504</sup>, inspirado en el art. 4107 PECL, que a su vez tiene un régimen análogo al del art. 3.8 de los Principios UNIDROIT. Este artículo regula los requisitos necesarios para poder anular un contrato por dolo. En este caso, la víctima sufre un engaño producido por la otra parte, incurriendo en un error que le lleva a celebrar el contrato, en unos términos que no habría aceptado si no hubiese sido engañado.

Lo que caracteriza el dolo es que la declaración engañosa se hace con la finalidad de inducir a error al destinatario, existiendo por tanto un elemento subjetivo, que consiste en la intención de una de las partes de engañar a la otra. En el error no existe tal intencionalidad, ya que el declarante puede desconocer la inexactitud de la información facilitada.

Más compleja es la distinción cuando se trata de un error o dolo causado por el silencio de la otra parte. Deberíamos buscar la distinción en el elemento de la ocultación de la información de forma maliciosa, que caracterizaría al dolo.

El mismo precepto establece los requisitos para la anulación de un contrato por dolo:

- a) Se ha de producir un error en la víctima, no siendo necesario que el engaño recaiga sobre un elemento esencial del contrato, siendo suficiente que esta lo considere

---

<sup>504</sup> art. II-7:205 MCR:

- 1- “Una parte puede anular un contrato cuando la otra parte lo ha inducido a celebrarlo mediante una declaración dolosa, sea de palabra o de acto, o porque le ha ocultado dolosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado conforme a los principios de la buena fe y honradez en los tratos o hubiera cumplido con su deber de información precontractual”.
- 2- “Una declaración es dolosa si se hace con el conocimiento o en la creencia de que la declaración es falsa y su finalidad es que el destinatario incurra en un error. La ocultación de información es dolosa si se hace con el propósito de inducir a la persona a la que se oculta a que cometa un error.”
- 3- “Para determinar si, de acuerdo con la buena fe y la honradez en los tratos, una parte tenía la obligación de comunicar a la otra una información concreta, deberá atenderse a todas las circunstancias, entre ellas:
  - a) Si la parte tenía conocimientos especializados sobre la materia.
  - b) El coste para la parte para obtener la información relevante al respecto.
  - c) Si la otra parte podía razonablemente obtener la información por otros medios; y
  - d) La importancia que, aparentemente, tenía dicha información para la otra parte.”

determinante para prestar su consentimiento. La excusabilidad la encontramos reflejada en el contenido del apartado 3, que reza “cuando atiende a las circunstancias de la víctima para determinar si la otra parte tenía la obligación de comunicarle una información correcta”.

- b) Una intención de engañar. Siendo la finalidad de la conducta dolosa que el destinatario incurra en error. El mismo supuesto se daría en el caso de la ocultación de la información.
- c) El engaño, sea por una declaración o por una ocultación de la información, se puede producir por la utilización de las palabras o por una conducta.
- d) En el caso de ocultación de la información, el contrato se podrá anular por dolo, cuando, conforme a la buena fe, la honradez en los tratos o cualquier otro deber de información precontractual, la otra parte hubiera debido revelar dicha información y cuando con tal ocultación de información se pretende inducir al otro a un error.

Según el art. II-7: 210 MCR, la parte que ha sido engañada por dolo tiene derecho a anular el contrato, siempre que lo comunique en un plazo razonable. Esta nulidad podrá ser parcial cuando el engaño afecte únicamente a una parte del contrato (art. II-7:213 MCR).

## **11.4 EN DERECHO COMPARADO**

### **- ITALIA**

En el art. 8 de la *Legge 129/2004* de “*Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*” se establece que “si una parte proporciona información falsa, la otra podrá solicitar la anulabilidad del contrato en el sentido del art. 1439 del Código Civile, con la posibilidad de la correspondiente solicitud de indemnización por daños y perjuicios si procede”. Norma que encuentra un paralelismo con la normativa norteamericana, pero que no existe en el ordenamiento español.

Sin embargo, al vincular esta norma con el art. 1239 del CCI, que regula el dolo, lo que hace es exigir que la información falsa se haya entregado conscientemente y que esta haya tenido la suficiente relevancia para poder influir directamente en la voluntad de contratar del futuro franquiciado, quedando pues la duda de como interpretarán los tribunales este precepto, en el caso de no concurrir el dolo en el suministro de la información precontractual. *A priori*, parece que la única consecuencia sería el deber de indemnizar por los daños y perjuicios causados, pero no comportaría la nulidad del contrato, lo que no nos parece una reparación suficiente.

La consecuencia de esta interpretación se deduce del propio tenor literal del art. 1239 del CC italiano que dice “*el dolo es la causa de anulación del contrato cuando las argucias planteadas por uno de los contratantes fueron tales como para que, sin ellas, la otra parte no habría contratado. Cuando las argucias han sido empleadas por un tercero, el contrato es anulable si eran conocidas por la parte que ha obtenido la ventaja*”.

Por otro lado, la norma no contempla la anulación del contrato por error; lo cual si se contempla en nuestro ordenamiento jurídico y concretamente en el art.1266.1 CC. Se establece que “*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*”. Definiendo nuestra jurisprudencia los requisitos del error invalidante. En este sentido, citamos la STS n°23/2016 de 3 de febrero<sup>505</sup>.

En los supuestos de falta de información precontractual sobre el sistema de franquicia, normalmente se cumplen estos requisitos, con independencia de si ha habido dolo. La omisión de información esencial sobre el sistema de franquicia puede provocar un

---

<sup>505</sup> STS n°23/2016 de 3 de febrero (ROJ: STS 91/2016; Id. Cendoj: 28079119912016100001); Recurso: 541/2015; Ponente: Pedro Jose Vela Torres; Fundamento de Derecho Tercero:

“a) Que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; b) Que el error no sea imputable a quien lo padece; c) Un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; y d) Que se trate de un error excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia media o regula”.

planteamiento erróneo al franquiciado sobre las bondades o riesgos de la franquicia, su verdadero valor y sus expectativas de beneficios.

Considerando que la mayor parte de las informaciones exigidas por la ley italiana están conectadas con la finalidad del contrato, la transmisión temporal del modelo de empresa, en los casos de omisión total o parcial y de insuficiencia de información, independientemente de la voluntad del franquiciador, se cumplirán también los requisitos del error invalidante.

El concepto de error invalidante que vicia el consentimiento y que da derecho a la nulidad del contrato está recogido en los arts. 1428 y ss. CCi, imponiendo la condición de que este sea “esencial y reconocible por la otra parte”. Vicio que se originará en la fase precontractual o de tratos preliminares. Estableciéndose en el art. 1429 CCi los requisitos para tal esencialidad, considerándose que puede recaer tanto en la identidad o naturaleza del objeto como de las personas. Así mismo, el art. 1431 CCi se refiere a la inexcusabilidad del error, afirmando que se da cuando una persona con una “diligencia normal podría haberlo detectado”. En lo relativo al vicio del consentimiento, además del error, también se refiere a la violencia, a la intimidación y al dolo. Las acciones de nulidad por vicio del consentimiento prescriben a los cinco años (art. 1442 CCi).

## - GRAN BRETAÑA

El motivo que justifica el estudio de esta figura es que puede considerarse al deber de informar como un deber de prevenir el error unilateral. Por lo tanto, a falta de un deber precontractual de información tipificado, la respuesta en relación con la pregunta acerca de la existencia de dicho deber debe buscarse en la figura del error<sup>506</sup>.

En opinión de FURSMSTON<sup>507</sup>, “tanto en el error individual como en el común, para que produzca efectos, es fundamental que este exista en el momento de la formalización del contrato”.

---

<sup>506</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información. Civitas - Thomson Reuters. Pág. 287

<sup>507</sup> FURSMSTON, M. (2016). « *Law of contract...* » Op. Cit. Pág. 295-298.

Un lego en derecho podría considerar que no se debe permitir un contrato de franquicia basado en un malentendido. La ley inglesa, sin embargo, no escoge el camino simple de considerar que, un contrato es nulo simplemente porque una o ambas partes no lo hubiera formalizado si hubieran conocido los hechos reales. En los tribunales ingleses, se pueden observar muchos ejemplos de situaciones donde al error se le niega importancia y se concede algún remedio al perjudicado, si está disponible, para el caso en concreto. Para FURSMSTON <sup>508</sup>, “esta visión estrecha del error según la Ley inglesa es una buena noticia. Son pocos los casos en los que se concede la anulación del contrato por esta causa, y como consecuencia siendo los terceros perjudicados por tales decisiones. Es una cuestión por tanto de proteger no solo los intereses de las partes, sino también a los de terceros involucrados en el contrato”.

La figura jurídica del error en derecho inglés es compleja al igual que la *misrepresentation*, ya que no es la única que se utiliza para resolver problemas relacionados con la ignorancia de una de las partes de la franquicia. Así pues, la *misrepresentation* y la doctrina de la *unconscionability* cubren supuestos de ignorancia de una de las partes<sup>509</sup>.

En relación con la justificación de los remedios - aplicable al error - es un tema intensamente debatido, donde cabe hacer distinciones del tipo si es unilateral o compartido o si error recae sobre cuestiones de hecho o de derecho.

Estas distinciones, dan lugar a diferentes tipos de error, a los que eventualmente se aplican diferentes soluciones:

- a- Error unilateral conocido. Es aquel por el que una de las partes del contrato sabía o debía haber sabido que la otra estaba cometiendo un error y no le advirtió.

El error sobre el contenido del contrato de franquicia puede significar que una o ambas partes crean no haber celebrado el contrato. El otro supuesto es que estando

---

<sup>508</sup> FURSMSTON, M. (2016). « *Law of contract...* ». Op. Cit. Pág. 295-233.

<sup>509</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I. (2009). Los límites del deber precontractual de información. Civitas - Thomson Reuters. Pág. 286.

de acuerdo en que el contrato de franquicia se celebró, una o ambas crean que el contenido es distinto de lo que realmente es.

Sobre la regla general de que el error unilateral no produce efectos, nos encontramos con una excepción, que se da cuando la otra parte conoce o debiera conocer el error que está cometiendo la primera<sup>510</sup>.

Salvo que una parte ignore su propia identidad, lo más frecuente es que el error sobre la identidad sea unilateral. En este caso, en derecho inglés, el contrato es anulable. (*voidable*). Por supuesto, solo se daría en casos en los cuales la identidad es relevante para quien contrató.

- b- En los supuestos de error sobre el objeto del contrato de franquicia en los casos de errores unilaterales, la regla general es que este no es suficiente para provocar la ineficacia del negocio jurídico. Aunque si es inducido por la otra parte puede ser alegado como *misrepresentation*, pero si lo que ocurre es que la otra parte solamente conoce o debe conocer el error, no es suficiente para provocar la ineficacia del contrato. El argumento está en que en general no existe un deber de informar a la otra parte acerca de su error<sup>511</sup>.
- c- El error común es aquél en que cada parte conoce la intención de la otra, pero decide aceptar, si bien ambas están equivocadas acerca de algunos hechos fundamentales subyacentes. Sería el caso, por ejemplo, de que no son conscientes de que el objeto de su contrato ya no existe. En estos supuestos el contrato se declara nulo.

## 11.5 CASUÍSTICA REAL DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Lo que vamos a exponer a continuación son ejemplos de situaciones que se suelen dar en el ámbito de la franquicia, durante la fase precontractual, que vienen a demostrar que por

---

<sup>510</sup> Ibidem. Pág. 291.

<sup>511</sup> Ibidem. Pág. 294.

mucha información que se suministren mutuamente (cumpliendo como mínimo a lo que obliga la ley) y por muy eficiente que sea la selección de franquiciados, en algunas ocasiones no se puede evitar que el contrato de franquicia se acabe firmando, a sabiendas o no, de que existe un vicio del consentimiento de mayor o menor entidad.

Si el negocio franquiciado entra en pérdidas de forma constante, se produce la circunstancia de que ambas partes contratantes resultan perjudicadas. El franquiciador perderá imagen de marca en el mercado donde opera y además dejará de ingresar buena parte o todos los *royalties* esperados y el franquiciado que ha sufrido pérdidas deberá capitalizar el negocio mediante permanentes aportaciones de capital, con la posibilidad real de llegar a perder gran parte de la inversión si llega a producirse el cierre de la franquicia. Por tanto, si ha existido vicio del consentimiento a la hora de firmar el contrato, es lógico esperar que la parte perjudicada pretenda anular el contrato de franquicia como remedio jurídico que le ayude a resolver esta situación financieramente anómala.

A continuación, vamos a examinar distintos supuestos adoptando como criterio de distinción los supuestos en que es el franquiciado quien sufre el vicio del consentimiento de aquellos otros supuestos en que el vicio del consentimiento afecta al franquiciador.

### **11.5.1 VICIOS DEL CONSENTIMIENTO DEL FRANQUICIADO**

**SITUACIÓN 1-** El franquiciado, no es advertido de forma intencionada por el franquiciador auspiciado por su fuerte interés en firmar el contrato para obtener unos ingresos económicos inmediatos (ni tampoco este lo pregunta), de que la franquicia le requerirá de una presencia física constante, en el punto de venta, con la implicación de unos horarios dilatados, durante los siete días de la semana (sector *retail*), en momentos, por tanto, en que la mayoría de los trabajadores están descansando o de ocio. Esta situación puede acabar en un abandono parcial de sus funciones o en un trabajar descontento, que acabe influyendo en la motivación de sus trabajadores y, finalmente, en un deseo de vender o abandonar la franquicia. El franquiciado solicita la anulación del contrato por vicios del consentimiento. Podríamos estar ante un caso de dolo omisivo,

viciante del consentimiento, dado que se engañó al franquiciado, dejándole de comunicar tal requisito presencial, que de haberlo sabido no hubiera contratado (art. 1269 CC).

SITUACIÓN 2- El franquiciador concede una franquicia para abrir un establecimiento en un determinado mercado. A la pregunta del franquiciado, de por qué no abren establecimientos propios en tal mercado, se le responde que dicho mercado ha sido asignado por estrategia de la empresa, exclusivamente para las franquicias, cuando la verdadera razón, es que es un mercado que se utilizará para testar el concepto y, por tanto, se trata de una inversión de alto riesgo, o bien es un mercado con un nivel de conocimiento de la marca bajo o nulo y, por tanto, también de alto de riesgo. El franquiciado solicita la anulación del contrato por vicios del consentimiento. Estaríamos en este caso ante un dolo viciante del consentimiento, dado que existió engaño en el suministro de la información (art. 1269 CC).

SITUACIÓN 3- El franquiciador, a preguntas del franquiciado, le responde que su plan de expansión a nivel nacional es crecer en un número determinado de establecimientos propios y de franquicias en los próximos años. Se firma la franquicia y el plan se cumple. Su franquicia queda aislada en un mercado determinado durante años, con una cifra de ventas insuficiente que le hace entrar en pérdidas. La baja cifra de ventas no es debida al modelo de negocio, sino a la escasa o nula entidad de la red y a la baja inversión en publicidad al existir un solo establecimiento y, por tanto, al bajo nivel de conocimiento de la marca. El franquiciado solicita la anulación del contrato por vicios del consentimiento. Estaríamos también ante un caso de dolo viciante del consentimiento, por haber mediado engaño en el suministro de la información (art. 1269 CC).

SITUACIÓN 4- El franquiciador que está pasando un mal momento en la franquicia, con un nivel de ventas por establecimiento bajo y algunos establecimientos en pérdidas, le informa al franquiciado sobre unos datos financieros que no se corresponden con la realidad, coincidiendo además que dicho franquiciado es un autónomo con nula experiencia en el tipo de negocio de la franquicia ni en ningún otro, por lo que es cuestionable exigirle la diligencia de un ordenado empresario. El franquiciado firma el contrato y desde el primer año se sitúa en pérdidas. El franquiciado solicita la anulación del contrato por vicios del consentimiento. Estaríamos también ante un caso de dolo viciante del consentimiento, por engaño en el suministro de la información (art. 1269 CC).



SITUACIÓN 5- El franquiciador concede una franquicia a un potencial franquiciado, desconociendo que el ciclo de vida de su modelo de negocio está llegando a su fin. Al cabo de un año el franquiciado y todos los demás de la red, entran en pérdidas de las que no salen en los años siguientes. El franquiciado solicita la anulación del contrato por vicios del consentimiento. Estaríamos ante un caso de error viciante del conocimiento (art. 1266 CC).

### **11.5.2 VICIOS DEL CONSENTIMIENTO DEL FRANQUICIADOR**

SITUACIÓN 1- Se concede una franquicia a un franquiciado, con la expectativa que se comunica verbalmente de que este último abrirá más establecimientos en aquel mercado, no firmándose ningún documento de compromiso de expansión al respecto. El franquiciado no cumple y el franquiciador conforme pasa el tiempo va rechazando a otros futuros franquiciados para dicho mercado, perdiéndose oportunidades de negocio por parte del franquiciador mientras dura esta situación. El franquiciador exige la anulación del contrato por vicios del consentimiento. Podríamos estar ante un caso de dolo viciante del consentimiento, al haber mediado engaño, si realmente este se dio (art. 1269 CC), pero también se puede dar el caso de que con el tiempo el franquiciado tuviese dificultades financieras que le impidieran seguir invirtiendo en nuevas franquicias. En estos casos, se suele firmar un documento anexo al contrato (*side letter*), en el que se especifica el compromiso del franquiciado de llevar a cabo un mínimo de aperturas durante la duración de contrato, situación que generaría un incumplimiento contractual en el supuesto de no cumplirse lo establecido, lo que generaría las consiguientes indemnizaciones.

SITUACIÓN 2- El franquiciado solicita una franquicia con la idea de rentabilizar un local comercial de su propiedad, donde va a instalar la franquicia y no se lo comenta al franquiciador porque cree que no es necesario o porque cree que puede que no le concedan la franquicia. Se le concede la franquicia y esta da pérdidas desde el inicio porque la ubicación de dicho local no es suficientemente buena. El franquiciador insta la nulidad del contrato por vicios del consentimiento. En este caso, no cabe apreciar error, dado que lo que ha fallado es la diligencia esperada del franquiciador que le era exigible como ordenado empresario, faltando por tanto el requisito de la excusabilidad, dado que este

debe disponer de los suficientes medios y conocimientos para evaluar las bondades de un local comercial.

**SITUACIÓN 3-** El franquiciador, sometido a la presión de la necesidad de crecer mediante la concesión de franquicias, dado que su situación financiera le lleva a recaudar dinero rápido mediante el cobro de los correspondientes cánones del franquiciado, concede una franquicia a un franquiciado que no cumple con los estándares mínimos de garantías y que, en circunstancias normales, no se la hubiera concedido. La franquicia entra en pérdidas al cabo de poco tiempo de abrir por mala gestión del franquiciado. El franquiciador solicita la anulación del contrato por vicios del consentimiento. Mismo caso que el anterior, ya que estamos ante un supuesto de falta clara de la diligencia esperada del franquiciador, por el hecho de que no empleó todos sus conocimientos y tiempo para hacer una buena selección del franquiciado.

**SITUACIÓN 4-** Un franquiciado que es una persona con fuertes desequilibrios emocionales y, por tanto, potencialmente un mal gestor, solicita la concesión de una franquicia de una marca reconocida, por una cuestión de prestigio personal y el franquiciado se la concede. Al cabo de poco tiempo la franquicia entra en pérdidas por una mala gestión del franquiciado. El franquiciador alega la anulación del contrato por vicio del consentimiento. En este caso, se cumplen el requisito de esencialidad y excusabilidad del error por lo que se estaríamos ante un supuesto del art.1266 CC, si hubo mala fe en la ocultación ya que, si no la hubo, no hay nada que objetar.

**SITUACIÓN 5-** El franquiciador concede una franquicia después de haberse intercambiado información a satisfacción mutua. Al cabo de unos años, la actitud del franquiciado cambia y el establecimiento sufre las consecuencias de una mala gestión entrando en pérdidas económicas. En este supuesto, y por norma general, no se puede alegar vicio del consentimiento, ni incumplimiento contractual.

**SITUACIÓN 6-** El franquiciador concede una franquicia y el franquiciado aporta un local comercial arrendado que es aprobado por el franquiciador. El franquiciado desconoce la importancia que puede llegar a tener en el negocio de franquicia que al cabo de cinco años la renta del local arrendado esté sujeta a una actualización extraordinaria a precio de mercado. El mercado inmobiliario se dispara, el contrato de arrendamiento se actualiza y la franquicia entra irremediabilmente en pérdidas. El franquiciador pide la anulación del

contrato por vicio del consentimiento. No existe error por cuanto no hubo mala fe del franquiciado y, en cualquier caso, el franquiciador no cumplió con su deber de diligencia esperada por no haber revisado tal contrato de arrendamiento.

SITUACIÓN 7- El franquiciador concede una franquicia a un grupo de personas que acaban constituyendo una sociedad. Se intercambian la información precontractual a satisfacción de ambos y acaban firmando el contrato. Al cabo de un tiempo, los socios contraen problemas personales entre ellos y la gestión del establecimiento se resiente, entrando en pérdidas. El franquiciador alega vicio del consentimiento por error del art. 1266 CC. En tal caso no se daría ya que no se cumplen los requisitos del tipo.

## **12.EL REGISTRO DE FRANQUICIADORES**

### **12.1 CONSIDERACIONES GENERALES**

La escasa regulación legal existente hoy en día en relación con la actividad franquiciadora, se concreta en lo que estipula el art. 62 Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista y la normativa que la desarrolla.

Entre lo destacable de dicho contenido, disponemos del Registro de Franquiciadores, desarrollado reglamentariamente a través de los RD 2485/1998, el RD 419/2006 y finalmente el RD 201/2010 que derogó los dos anteriores.

En la Exposición de Motivos de dicho RD se argumentaba que *“la necesidad del registro de franquiciadores viene dictada, entre otras razones, por la conveniencia de disponer de un censo actualizado de estas empresas, cuyo sector comercial está experimentado un fuerte desarrollo en España”*.

MAYORGA TOLEDANO<sup>512</sup> indaga sobre los orígenes del Registro, manifestando que *“este deber de inscripción por parte de los franquiciadores tiene su origen en la legislación estadounidense, en la que la protección del potencial franquiciado parece más clara y*

---

<sup>512</sup> MAYORGA TOLEDANO, M. C. (2007). “El contrato mercantil...”. *Op. Cit.* Págs. 54 y 55.

eficaz. En la legislación norteamericana se trata al futuro franquiciado como un inversor y, por tanto, se asimila su protección a la concebida para la adquisición de valores mobiliarios y, junto con la inscripción en el Registro, se impone a los franquiciadores la obligación de garantizar con avales o depósitos el cumplimiento de sus obligaciones contractuales”.

Posteriormente, la Ley 1/2010 de 1 de marzo modificó el art. 62.2 de la LOCM, adaptando la regulación española del sector del comercio minorista a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, modificando la materia relativa a establecimientos comerciales.

A través del art. 8 de la Ley 1/2010, y con el fin de adaptar la regulación del art. 62.2 LOCM, a los requisitos que le imponía la mencionada Directiva, se sustituyó la obligación de los franquiciados de inscribirse en el Registro de Franquiciadores con anterioridad al inicio de su actividad por la de comunicar *a posteriori* el inicio de esta<sup>513</sup>.

Tenemos que concluir que desde que por primera vez se mencionó en ámbito normativo el Registro de Franquiciadores a través de la Ley 7/1996, y a lo largo de los años, ha habido una falta de interés de la Administración y de los legisladores por dotar a este organismo de una función tal que diera seguridad jurídica al tráfico mercantil de la franquicia y sirviera de verdadera tutela a la parte débil del contrato, que es el franquiciado.

## 12.2 EL REAL DECRETO 2485/1998

---

<sup>513</sup> “Art 8 de la Ley 1/2010”. El apartado 2 del artículo 62 queda redactado como sigue:

“Las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en territorio español la actividad de franquiciadores a que se refiere el apartado anterior, deberán comunicar el inicio de su actividad en el plazo de tres meses desde su inicio al Registro de Franquiciadores, que recogerá los datos que reglamentariamente se establezcan”.

“Las empresas de terceros países, no establecidas en España, que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores, lo comunicarán directamente al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo de tres meses desde su inicio”.

El art. 62 de la LOCM, en su apartado 2º, dispone que las personas físicas o jurídicas que deseen llevar a cabo una actividad franquiciadora en España deben inscribirse, en su caso, en el registro que las administraciones competentes puedan constituir al efecto . Se instituye, por tanto, una obligación de registro, aunque con el matiz de “en su caso”, o sea, en el supuesto de que las administraciones creen un registro a tal efecto, no siendo pues su creación de carácter obligatorio. Se tuvo que esperar más de dos años hasta que, tras la entrada en vigor de la LOCM, se creara el Registro de Franquiciadores, a consecuencia del RD 2485/1998 de 13 de noviembre 1998, por el que se desarrolla el art. 62 de la Ley 7/1996 de OCM.

Según constaba en el Preámbulo, párrafo 9º de dicho RD fue creado debido a “la conveniencia de disponer de un censo actualizado de estas empresas (franquiciadoras), cuyo carácter comercial está experimentando un fuerte desarrollo en España”. En este sentido, desde la óptica de la función garantista o tutiva a que podría haber aspirado la finalidad del legislador resulta ciertamente desoladora su limitada y reduccionista eficacia tutiva, máxime cuando se compara con los objetivos más ambiciosos que el mismo registro cumple en EEUU.

Además, del derogado art. 5.1 se deducía que el Registro tiene un carácter público y de naturaleza administrativa. El carácter público se desprendía del art. 5.2 según el cual su dependencia orgánica era de la Dirección General de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Hacienda. Así pues, no se trataba de una sección o ampliación del Registro Mercantil, ni se regía por los principios registrales: no existía publicidad material (positiva ni negativa), ni creaba derechos adquiridos para los terceros de buena fe. A nivel doctrinal, LEYVA<sup>514</sup> lo describe, con exactitud, según mi opinión, al definirlo como un registro de carácter administrativo, el cual no podía dar fe de la veracidad de los aportado

---

<sup>514</sup> LEYVA, J. A. (1989). Planteamiento general de los registros públicos y su división en registros administrativos y registros jurídicos. *RCDI*, pp. 276 y 286. Como experto Registrador de la Propiedad, exponía que, el hecho de que tuviera carácter administrativo indicaba que este se encontraba al servicio de la Administración, aunque esta no respondía de la veracidad de lo inscrito o comunicado al registro o, dicho de otra forma, no gozaba de la “presunción de exactitud y validez”, a diferencia de otros registros que tiene carácter sustantivo, basados en mayor o menor medida en los principios hipotecarios.

o inscrito por el franquiciador, no gozando por tanto de “presunción de exactitud y validez”.

En relación con el objeto de inscripción, el RD indicaba que, en coherencia con el art. 62.2 LOCM, en el Registro se debían inscribir “las personas físicas o jurídicas que pretendiesen desarrollar la actividad de franquicia en España”, siempre que lo fueran a ejercitar en el territorio de más de una CCAA, que según el art. 5.3, dicha inscripción debía ser “con carácter previo al inicio de la actividad de cesión de franquicia”.

Parte de la doctrina señaló que, de la lectura del art. 5.3, cabía estimar que dicho Registro de Franquiciadores se concebía como un sistema de autorización administrativa para el ejercicio del comercio, que restringía la libertad de empresa (art. 38 CE) y que ponía fin a la libertad de inscripción del empresario individual.

Si bien, lo que no estaban considerando estos autores es que la inscripción previa estaba dando mayor seguridad jurídica a los futuros franquiciados, parte débil del contrato de franquicia, a la hora de buscar la información precontractual que les sea de utilidad para la formación de su voluntad contractual. Además, de *per se*, constituir un instrumento tuitivo más para evitar el fraude en el ámbito de las franquicias, que siempre, lamentablemente ha estado presente y continúa estándolo.

A tenor del art. 7, la solicitud de inscripción debía ir acompañada de una serie de datos y documentos, entre otros: identificación de los franquiciadores (incluidos los datos del Registro Mercantil), denominación de los derechos de propiedad industrial e intelectual objeto del acuerdo de franquicia y acreditación de tener concedida y en vigor la titularidad o los derechos de licencia de uso sobre los mismos, descripción del negocio de la franquicia, incluyendo una memoria explicativa de la actividad, número de franquiciados y de establecimientos que la integran (diferenciando los propios de los franquiciados) y, en su caso, los franquiciados que hubieran dejado de pertenecer a la red en España en los últimos años. Y según el art. 8, esta información debía actualizarse anualmente.

Aunque, aparentemente su función iba a tener un papel relevante en la regulación de los sistemas de franquicia, la realidad venía impuesta por lo que se desprendía del redactado del párrafo 7º del Preámbulo del RD, cuando decía: “*se crea un Registro a nivel de Estado que garantiza la centralización de los datos relativos a los franquiciadores que operen en más de una Comunidad Autónoma a los efectos de información y publicidad*”.

### **12.3 LA PRIMERA REFORMA: EL RD 419/2006**

La reforma operada por el RD 419/2006, de 7 de abril 2006, modificó la regulación del Registro de Franquiciadores contenida en el RD 2485/1998.

Con esta reforma no se introdujeron grandes cambios, pero tuvo su importancia porque se intentó ofrecer mayor claridad e información de las empresas inscritas y mejorar el funcionamiento del sistema de actualización de datos.

En su Preámbulo, se decía que “se pretende potenciar el Registro de Franquiciadores como instrumento de información cualificada, veraz y actualizada del sistema, así como aclara algunos extremos que permiten calificar a una empresa como empresa franquiciadora, esto es, reforzar la idea última del Registro como instrumento eficaz de información y transparencia del mercado”, de forma de que, tal como determinaba el párrafo 4º, quienes tuvieran la intención de invertir en un proyecto empresarial basado en la franquicia pudieran obtener una información razonable para que libremente pudieran decidir si hacerlo o no. Y, por otro lado, como señala el párrafo 8º, el Registro venía a representar un “auténtico criterio válido para señalar aquellas empresas que realmente cumplían los requisitos más exigentes para ser considerados franquiciadores, con todas las notas deseables, frente a las que no los son”.

Este RD facilitó los trámites de inscripción, pudiéndose hacer a través de las CCAA correspondientes o del Registro de Franquiciadores Estatal, en los casos en que la CA correspondiente no estableciese la necesidad de la comunicación previa.

Estableció también la obligatoriedad de los franquiciadores de presentar anualmente un informe negativo, en los supuestos en que no se hubiera producido alteración de los datos registrados. Añadiendo una importante sanción para las empresas que no presentaran tal informe negativo, que incluía la posible baja de Registro y la cesación de la actividad.

Y, por último, autorizaba a los franquiciadores a que pudieran comunicar de forma voluntaria datos indiciarios de calidad, seguridad o viabilidad de la empresa franquiciadora.

A partir de aquel momento, el Registro pasó de ser un mero instrumento censal a servir de criterio válido para la determinación de la aptitud de los franquiciadores y de ayuda para los potenciales franquiciados.

Si bien, más tarde los tribunales restaron valor a la función del Registro concebido según el RD 201/2010. Así lo podemos observar en la SAP de Madrid nº270/2010 de 5 de mayo de 2010<sup>515</sup>, la cual tomando como fundamento el contenido del RD 201/2010, manifestó que la no inscripción no afectaba a la validez del contrato, quedando su incumplimiento limitado a una mera sanción administrativa.

#### **12.4 LA SEGUNDA REFORMA: EL RD 201/2010**

Esta nueva reforma vino motivada por la necesidad de transponer el contenido de la Directiva 2006/123/CE, también llamada Directiva de Servicios. Siendo la libertad de servicios junto con la libre circulación de mercancías, personas y capitales, una de las libertades fundamentales de la UE, necesaria para el logro de un mercado común consolidado<sup>516</sup>.

En líneas generales, la libre prestación de servicios tiene un triple contenido: el libre acceso al ejercicio de la actividad en cuestión, el derecho a desplazarse y a permanecer temporalmente en el territorio donde se realice el servicio y la equiparación de trato en su ejercicio, elevado a la categoría de principio.

---

<sup>515</sup> En este sentido SAP Madrid nº270/2010 de 5 de mayo (ROJ: SAP M 8733/2010; Id. Cendoj: 28079370142010100227), Recurso: 716/2009; Ponente: Pablo Quecedo Aracil. Fundamento de Derecho Undécimo:

“Desde la obligación de inscribirse en el registro de franquiciadores porque el incumplimiento de esa obligación no priva de eficacia a los contratos celebrados en los que el franquiciador no esté inscrito. Su única sanción es administrativa. Art.65 de la ley 7/96”.

<sup>516</sup> Según el Considerando 2. De la Directiva 2006/123/CE: “un mercado competitivo de Servicios resulta esencial para fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de Trabajo en la Unión Europea”.



La Directiva hace mención de los obstáculos generados por la existencia de un exceso de trámites administrativos, en la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas y en la falta de confianza recíproca entre los Estados miembros.

La Directiva establece también en su art. 16.1 que la exigencia de cualquier requisito para el ejercicio de la actividad de prestación de servicios solo procederá cuando cumpla los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad; o si se prefiere, que cualquier autorización solamente será admisible cuando no resulte eficaz hacer un control *a posteriori*, de manera que en otro caso debe suprimirse (Considerando 16). Es más, cualquier obligación de inscripción en un registro se equipará a una autorización (Considerandos 17 y 18). Equiparando además a la distribución al sector servicios (Considerando 20).

Así pues, la transposición de esta Directiva supuso una nueva redacción del art. 62.2 LOCM y la promulgación del RD 201/2010 DE 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al Registro de Franquiciadores, que desarrolla el citado precepto.

El art. 5 del RD 201/2010, referido al Registro de Franquiciadores, describía la naturaleza jurídica del Registro, su dependencia orgánica, su régimen de funcionamiento, las obligaciones de registro por parte de los franquiciadores y la consideración de franquiciadores exentos<sup>517</sup>. A destacar lo siguiente:

---

<sup>517</sup> Art. 5 RD 201/2010 Registro de Franquiciadores:

1. “El registro de franquiciadores, previsto en el artículo 62.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, se configura como un registro de carácter público y naturaleza administrativa, a los solos efectos de información y publicidad.”
2. “Este registro depende orgánicamente de la Dirección General de Política Comercial del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y se formará con los datos de los artículos 7 y 11 y las modificaciones a que se refiere el artículo 8 del presente real decreto, que obren en el propio registro o que sean facilitados por las comunidades autónomas donde los franquiciadores hayan comunicado sus datos”.
3. “Las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de cesión de franquicia deberán comunicar sus datos, en el plazo de 3 meses desde el inicio de la actividad, o bien al registro de la comunidad autónoma donde prevean iniciar sus actividades, o cuando la comunidad autónoma no establezca la necesidad de comunicación de datos a la misma, al registro de franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a efectos informativos”.

- a- Se configuraba el Registro de Franquiciadores de “naturaleza administrativa y exclusivamente para los efectos de información y publicidad”, tal como lo determina la SAP León nº222/2018, de 29 de junio 2018<sup>518</sup>;
- b- Como se puede apreciar, para poder franquiciar, “se imponía a los franquiciadores un deber de comunicar sus datos al Registro de Franquiciadores, durante un plazo de tres meses desde el inicio de su actividad”. Por tanto, el hecho de la comunicación al Registro no venía a condicionar el inicio de la actividad franquiciadora, teniendo hasta tres meses para efectuar tal comunicación. En este sentido, citamos la SAP Madrid nº203/2018 de 17 de mayo 2018<sup>519</sup>;
- c- El incumplimiento de la obligación de comunicación de datos al Registro comportaba una sanción administrativa, y según el art. 8.3 del mismo RD, si transcurridos dos meses desde que se debería haber realizado la comunicación, previo apercibimiento “se procederá a dar de baja a las empresas franquiciadoras determinando la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad.”;

---

“La comunicación al registro de franquiciadores no condiciona el inicio de la actividad. La falta de comunicación de datos transcurrido el citado plazo conllevará la correspondiente sanción, de conformidad con el régimen sancionador previsto en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y demás legislación aplicable”

<sup>518</sup> SAP León nº222/2018, de 29 de junio (ROJ SAP LE 834/2018; Id. Cendoj: 24089370022018100222). Recurso 49/2018. Ponente: Antonio Muñoz Diez. Luisa María Hernán-Pérez Merino. Fundamento de Derecho Segundo:

“Por otra parte, que la entidad (...) no estuviera inscrita en el Registro General de Franquiciadores, constituiría un incumplimiento administrativo, pero en nada altera la relación civil constituida entre las partes ni afecta a la validez del contrato suscrito entre las mismas, ya que aquel «se configura como un registro de carácter público y naturaleza administrativa, a los solos efectos de información y publicidad».

<sup>519</sup> SAP Madrid nº203/2018 de 17 de mayo (ROJ SAP M 6995/2018; Id. Cendoj: 28079370082018100160). Recurso 233/2018. Ponente Luisa María Hernán-Pérez Merino. Fundamento de Derecho Segundo:

“La comunicación al registro de franquiciadores no condiciona el inicio de la actividad. La falta de comunicación de datos transcurrido el citado plazo conllevará la correspondiente sanción (...)”. “Esto es, la consecuencia de la falta de inscripción será una sanción administrativa de modo que no puede considerarse como incumplimiento contractual y menos aún podrá fundar la nulidad del contrato”.

- d- Se establecía unas reglas de coordinación entre el Registro de franquiciadores del Ministerio y el de las CCAA;
- e- Las empresas domiciliadas en otros países, que tuviesen la intención de establecerse en nuestro país, para llevar a cabo una labor empresarial como franquiciadores, lo debían comunicar al “Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio”;

El “Ministerio de Industria, Turismo y Comercio” debía informar a las Comunidades Autónomas, de las empresas franquiciadoras registradas.

Por otro lado, serían las Comunidades Autónomas las encargadas de comunicar al “Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio” las posibles modificaciones que se llegasen a producir en el Registro autonómico correspondiente.

El contenido de la información, sería en algunos casos, la simple afirmación de que se ha iniciado la actividad franquiciadora en territorio español, mientras que en otros casos debería incluir los datos que los franquiciadores debían comunicar en el régimen anterior (incluida la inscripción en el Registro Mercantil, en su caso), denominación de los derechos de propiedad intelectual o industrial objeto de la franquicia y acreditación de tener concedida y en vigor la titularidad o los derechos de licencia de uso sobre los mismos, descripción del negocio de franquicia con indicación del número de franquiciados y del número de establecimientos que integran la red, antigüedad que la empresa lleva ejercitando la actividad franquiciadora especificando los establecimientos propios y los franquiciados, y los datos del franquiciador en el caso de el que se inscriba sea un franquiciado principal (art. 7 RD 201/2010)

Además, los franquiciadores también podían comunicar “con carácter voluntario” y a efectos de “publicidad e información” toda una serie de datos indiciarios de su honorabilidad y de su calidad en la prestación de la actividad, previsión que se consideró en el RD 419/2006 y que se mantiene.

Así pues, nos parece remarcable que, la comunicación no tenía ningún efecto alguno, excepto el de carácter información y de publicidad. No era constitutiva de la empresa

franquiciadora ni condicionaba el inicio de la actividad, tal como señalaba el art. 5.3 del RD 201/2010. Además, dado que no estamos ante un registro de carácter sustantivo, tampoco ofrecía eficacia registral, por lo que los datos registrados no ofrecían presunción de exactitud, ni se daban los efectos de la oponibilidad material, etc.

A partir de esta transposición de la Directiva comunitaria, ya no existía inscripción previa, para la concesión de franquicias, por lo que era suficiente con una simple comunicación al Registro del inicio de la actividad, de tal forma que teóricamente se eliminaba la incertidumbre que suponía supeditar el inicio de la actividad franquiciadora a la decisión de la administración, a costa de una disminución de la seguridad jurídica en el tráfico de la franquicia y como es evidente, la forma en que quedaba el funcionamiento del Registro, suscitaba la duda, acerca de la justificación de su existencia.

Según el art. 62.2 LOCM, la existencia del Registro no era obligatoria, dado que era potestad de las administraciones públicas competentes crearlo. Si bien esto cambió con la reforma de la Ley 1/2010, dado que la nueva normativa parte de la existencia del Registro.

Finalmente, el hecho de transponer el contenido de la Directiva 2006/123/CE, en el caso de las franquicias, ha contribuido a debilitar la función de este Registro, con cambios en la normativa como el hecho de que la inscripción se pudiera realizar hasta tres meses después de haberse iniciado la actividad o que la comunicación al registro de franquiciadores no condicionara el inicio de la actividad. A lo que, si le añadimos que, según la norma, el Registro se configuraba a los solos efectos de información y publicidad, lo cierto es, que tal como estaba legalmente configurado, nunca pudo llegar a constituir un instrumento de tutela eficaz para el franquiciado.

## **12.5 EL RD 20/2018 DEROGA EL REGISTRO DE FRANQUICIADORES**

Finalmente, a través del RD 20/2018, de 8 de diciembre del 2018, de “medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España” se derogó el Capítulo III del RD 201/2010 referido al Registro de Franquiciadores.

En la Exposición de Motivos de dicho nuevo RD se menciona que la puesta en marcha de la versión telemática del Registro ponía de manifiesto que “las aplicaciones informáticas en que se sustenta presentan graves carencias”, lo cual era cierto, señalando además que su utilización “resulta complicada y poco intuitiva para los usuarios y ha supuesto la introducción de trabas y exigencias que habían sido superadas”, afirmación que también resultaba cierta. A continuación, la Exposición de Motivos nos recuerda que “la única información que este Registro verifica es que la empresa franquiciadora ostenta la titularidad o el derecho de uso de la marca”, lo cual es tarea redundante a la que realiza el Registro de Marcas.

A propósito de tal derogación, la Asociación Española de Franquiciadores emitió el siguiente comunicado: “Desde la AEF se valora esta medida como necesaria, por cuanto el Registro no ofrecía, en este momento, garantías de la necesaria actualización como herramienta de consulta para aquellos emprendedores interesados en integrarse en el sistema de franquicias”.

El Registro de Franquiciadores parecía una buena iniciativa, existente y con probada eficiencia en los países donde está implantado. Un instrumento más para garantizar la tutela de la parte débil del contrato de franquicia; el franquiciado.

Con la derogación de la norma, los potenciales franquiciados no van a poder disponer de un censo oficial de empresas que operan en este sector, ni disponer de la información que de forma oficial los franquiciadores están obligados a suministrar.

Los potenciales franquiciados deberán contar exclusivamente con aquella información que, por ley, el franquiciador está obligado a suministrar (art 3 RD 201/2010), sin la intervención de ningún organismo público que hubiera podido garantizarle de forma oficial que la información que se le suministra es exacta, veraz, completa y actualizada.

Siendo ello así, tampoco podemos dejar de mencionar que una parte de la doctrina no ve necesaria la existencia de tal Registro. En este sentido se expresa MARTÍNEZ ROSADO<sup>520</sup>, al afirmar que “en relación con la conveniencia de disponer de un censo

---

<sup>520</sup> MARTÍNEZ ROSADO, J. (2011). La reforma operada en el registro de franquiciadores como consecuencia de la directiva de servicios. *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, Nro. 8, Págs.155-172.

actualizado de las empresas franquiciadoras, dado que no existen intereses especialmente dignos de protección, como sería el caso de los futuros franquiciados, a los que se refiere el preámbulo del RD 419/2006, como destinatarios de “la información cualificada, veraz y actualizada del sistema. Sin negar que el Registro sirve de ayuda a los futuros franquiciados para que puedan decidir si se adhieren a una franquicia o no, entiendo que dicho argumento no justifica la existencia del Registro por tres motivos: 1) la consolidación del mercado de la franquicia en nuestro país y los enormes caudales de información a disposición de los franquiciados; 2) la verdadera tutela que recibe el franquiciado es la información precontractual que le transmite el franquiciador en virtud del art. 62 LOCM; y 3) el coste de obtener la información es más bajo que en otros países por ser suficiente y accesible”.

## 12.6 EL REGISTRO DE FRANQUICIADORES EN EEUU

Si bien no existe en EEUU un registro de franquiciadores a nivel federal, ni la *FTC Rule* impone ningún requisito de inscripción o aprobación por parte de la *Federal Trade Commission*, nos encontramos con que en trece Estados miembros si cuentan con un registro de franquiciadores (*California, Hawaii, Illinois, Indiana, Maryland, Michigan, Minnesota, New York, North Dakota, Rhode Island, Virginia, Washington y Wisconsin*).

En los Estados citados, los franquiciadores no pueden iniciar sus actividades como tales (ni tan solo la realización de ofertas), sin antes haber solicitado la inscripción y que esta haya sido aceptada, por lo que están funcionando con un sistema de autorización previa, como sucedía en España antes del RD 201/2010.

Los Estados que cuentan con un Registro suelen solicitar en el momento de la inscripción, además del documento que contiene la información esencial del franquiciador – el referido *Disclosure Document (FDD)* –, la presentación de las cuentas anuales debidamente auditadas con la finalidad de que puedan demostrar que tienen capacidad financiera suficiente para poder suministrar los servicios a prestar a los franquiciados, antes y después de la apertura del establecimiento.

Se intenta evitar de esta manera que los franquiciadores oportunistas utilicen el dinero del canon de entrada para capital circulante propio u otros fines o que concedan más franquicias de las que financieramente sean capaces de atender.

El contenido y carácter de la inscripción varía en cada Estado. Así, mientras que hay Estados como el de *Michigan* donde es suficiente con la presentación de un documento de una sola página con los datos identificativos del franquiciador, hay otros como *Wisconsin* o *Indiana* donde la solicitud tiene que ir acompañada del complejo *Disclosure document* (FDD).

Además de este sistema de protección para los futuros franquiciados, en EEUU existe un deber precontractual de información, que se materializa a través del *disclosure document* (FDD), que es requerido por prácticamente todas las normativas estatales y que se debe redactar conforme a lo aprobado por la *North American Securities Administrator Association* (NASAA), con el fin de que tenga una mínima uniformidad a nivel nacional.

El deber de información y la existencia de registros de franquiciadores son fuentes a las que acude el franquiciado de los EEUU, durante los tratos preliminares con el objetivo de que, por un lado, formar adecuadamente su voluntad contractual y, por el otro, para minimizar el riesgo de ser víctima de fraude o engaño por parte de empresas supuestamente franquiciadoras.

## **12.7 EL REGISTRO DE FRANQUICIADORES Y LA SEGURIDAD JURÍDICA**

Desde la perspectiva del principio de la seguridad jurídica, merece ser tomado en la consideración debida el hecho de que, no obstante ser pocos los países que disponen de un registro de franquiciadores como requisito previo para poder conceder franquicias, en EEUU, país donde hay el mayor volumen de franquicias y cuna de este modelo de negocio, trece Estados obligan a los franquiciadores a registrarse como requisito previo para poder “vender” franquicias, con un nivel de exigencia y garantías para los futuros franquiciados inimaginable en los países de la UE.

Según nuestro criterio, aun siendo discutible la existencia de un registro de franquiciadores como garantía de tutela de la parte débil del contrato de franquicia y siendo cierto también que actualmente existen muchas fuentes de las que obtener la información necesaria de los franquiciadores, también lo es que, en muchos casos, dichas fuentes no pueden garantizar el nivel de exactitud, veracidad y actualidad de la información suministrada, como debería hacerlo el mencionado registro, si hubiese funcionado con el nivel de eficacia y eficiencia de un organismo de carácter público destinado a la protección de los franquiciados.

Somos conscientes de que históricamente el funcionamiento del registro de franquiciadores ha adolecido de ineficiencias y falta de coordinación entre las diferentes administraciones, pero ello no significa que la solución más idónea sea decretar su eliminación. A nuestro juicio, debería haberse mantenido en funcionamiento realizando las modificaciones legales necesarias conducentes a mejorar la eficacia de sus funciones tuitivas.

Acorde con ello, resulta una evidencia contrastada a lo largo de mi trayectoria profesional en el mundo de la franquicia, el hecho de comprobar que, no obstante ser España un país donde el sector de la franquicia está muy desarrollado y consolidado, esto no ha sido nunca un obstáculo para la existencia de muchos franquiciadores sin escrúpulos que, actuando con toda impunidad, se presentan en las ferias ofreciendo su modelo de negocio, cuando este en realidad no existe, siendo un verdadero fraude, que lamentablemente afecta a numerosos franquiciados con escasa o nula experiencia empresarial.

Al respecto, resulta sumamente interesante la cualificada opinión de ZWANCK F., presidente de la Asociación Española de Defensa del Franquiciado (AEDEF), coincidiendo en parte con el jefe del servicio del Registro; frustrados ambos por el mal funcionamiento y la ineficacia del mismo, manifestó: “lamentablemente sirve para muy poco, no está centralizado, no se actualiza con los datos ni se comprueba su veracidad. Además de esto, los que tienen intención de defraudar pueden utilizarlo como argumento de solvencia al ofrecer su producto. No conocemos ninguna sanción a pesar de que este prevista en el reglamento”<sup>521</sup>.

---

<sup>521</sup> <https://www.lafranquicia.es/el-registro-de-franquiciadores-sirve-para-algo/>



En definitiva, debo concluir que, con la misma función que cumple el registro de franquiciadores en los EEUU, desde hace muchos años, siendo la principal reducir el fraude en la franquicia, considero necesaria la existencia de un registro de franquiciadores español, regulado por ley, con funciones bien definidas, bien organizado, con una jerarquía clara y con la previsión de sanciones concretas, lo que aportaría al tráfico mercantil de la franquicia una mayor seguridad jurídica.

# CAPÍTULO VI: LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

El objetivo de este último capítulo es analizar y reflexionar sobre la responsabilidad precontractual, que constituye la tercera columna sobre la que se asienta la fase precontractual del contrato de franquicia, junto con los tratos preliminares y la información precontractual.

Como es sabido, el origen de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo* lo encontramos en la Alemania de finales del siglo diecinueve, siendo Ihering el autor que habló por primera vez de la culpa *in contrahendo*, imputable a aquella parte que durante la formación del contrato actúa de mala fe, estando el perjudicado facultado para exigir un resarcimiento que tiene carácter contractual. VALES LUQUE<sup>522</sup>, nos explicita sus orígenes, relatando que “el concepto de culpa *in contrahendo* aparece por primera vez en 1861, año en que vio la luz la obra de Rudolf Von Ihering: “*Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelagten Verträgen*”, precisamente como una de las aportaciones de Ihering a este tema, quedó la expresión jurídica culpa *in contrahendo*, cuya virtualidad fundamental del trabajo fue crear una sensibilidad especial en torno al periodo precontractual.

Durante la fase de negociaciones del contrato de franquicia, las partes deben actuar orientadas por el principio de la buena fe, cumpliendo con los deberes a su cargo. De esta forma, la responsabilidad precontractual se ha delimitado conceptualmente como aquella que se deriva del incumplimiento de la relación jurídica preparatoria del contrato, pues, aunque no se puede obligar a nadie a prestar su consentimiento para vincularse por medio

---

<sup>522</sup> VALÉS DUQUE, P. (2012). *La responsabilidad precontractual. Derecho Español Contemporáneo*. Reus. Págs. 13-14.

de una relación obligatoria, quien interviene en una negociación es responsable de una hipotética actuación lesiva y antijurídica.

Así pues, en la fase precontractual de la franquicia en la que las partes se adentran en los tratos preliminares, si bien, estos no generan vinculación contractual alguna entre los intervinientes, determinadas conductas pueden tener efectos jurídicos consistentes en incurrir en una responsabilidad precontractual. ASÚA GONZALEZ<sup>523</sup> vincula también los tratos preliminares con la responsabilidad precontractual, manifestando que “con base en el reconocimiento a nivel legal de la relación obligatoria nacida de las conversaciones precontractuales puede existir culpa *in contrahendo*, entre otros supuestos, en la iniciación de negociaciones para la celebración o preparación de un contrato y en la propia preparación”.

En efecto, en todos aquellos contratos que por su propia naturaleza jurídica requieren de una fase precontractual de larga duración, especialmente por la propia complejidad de los tratos preliminares y de las averiguaciones a realizar que se convierten en necesarias atendiendo al riesgo que afecta a ambas partes, se creará una “confianza recíproca entre los intervinientes que no puede ser defraudada”. En este sentido, MEDINA ALCÓZ<sup>524</sup> quien pone de relieve la importancia de la mutua confianza creada entre las partes a consecuencia de los tratos, nos explicita que “el hecho de ponerse en contacto dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato estable entre ellas, genera una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, pues una y otra se deben un mínimo de lealtad en los tratos”.

A falta de una normativa legal en nuestro Código Civil referida a la responsabilidad precontractual de las partes en el ámbito del contrato de franquicia, para el supuesto de las violaciones al deber de comportarse de buena fe, en sentido objetivo, de los arts. 7 y 1258 CC, ha de tomarse en consideración lo establecido en el art. 1902 CC. Por su parte,

---

<sup>523</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2003). Codificación de la *culpa in contrahendo* en el Derecho alemán. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid. Madrid: Civitas. págs. 1415-1433.

<sup>524</sup> MEDINA ALCÓZ, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Casa Editorial. Pág. 31.

GARCÍA RUBIO<sup>525</sup>, y en relación con este déficit normativo, declara que “esta es una materia ausente en nuestro Código Civil, en el que se da muy poca importancia a la fase precontractual”.

En nuestro ordenamiento jurídico podemos observar que tanto un sector relevante de la doctrina como de la jurisprudencia han intentado dar a la culpa *in contrahendo* un cierto marco jurídico, analizando cuestiones nucleares como su naturaleza jurídica (esencialmente contractual o extracontractual). En este sentido, entre las Sentencias del Tribunal Supremo cabe citar la Sentencia nº60/2008 de 30 de enero 2008<sup>526</sup>. Al respecto, es una tesis consolidada y pacífica que deben compensarse los daños generados por un comportamiento antijurídico de una de las partes durante esta fase precontractual.

Por el contrario, no existe consenso en la doctrina sobre la naturaleza jurídica de esta responsabilidad precontractual; esto es, si estamos ante una responsabilidad de carácter contractual o extracontractual. Tema de suma relevancia, ya que de ello dependerá aspectos tan relevantes como el plazo de prescripción de la acción y la ley aplicable.

En principio, dada la naturaleza de los tratos preliminares en el ámbito de la franquicia y el momento en que estos se producen, podríamos afirmar que estamos ante una responsabilidad extracontractual, dada la inexistencia de un contrato.

En relación con lo comentado, ha surgido el concepto de responsabilidad *in contrahendo*, como término medio entre ambas responsabilidades, y que se explicaría por el hecho de que, si bien todavía no existe contrato, también es cierto que esta responsabilidad se ha producido en el camino que lleva (o pretende llevar) a la contratación.

Por otro lado, se debe prestar especial atención a la clasificación de la responsabilidad precontractual bajo la regulación del Reglamento Roma II, el cual en su art. 12, referido

---

<sup>525</sup> GARCÍA RUBIO, M. P. (2010). “La responsabilidad precontractual...”. Op. Cit. 1621-1642.

<sup>526</sup> STS 60/2008 de 30 de enero 2008 (ROJ: STS 222/2008; Id. Cendoj: 28079110012008100051); Recurso: 4903/2000; Ponente: Xavier O´Callaghan Muñoz; Fundamento de Derecho Segundo: “la culpa in contrahendo, a su vez, nace de la ruptura injustificada de unos tratos previos que han producido un daño probado a una de las partes, naciendo para el que ha ocasionado la ruptura, la obligación de repararlo, basada en el art. 1902 CC, siempre que le sea imputable la misma”.

a la culpa *in contrahendo*, se refiere a las obligaciones extracontractuales que surgen antes de la conclusión del contrato, tratando dicha culpa como extracontractual.

La jurisprudencia no despeja muchas dudas al respecto, ya que, si bien en algunas sentencias se llega a mencionar la responsabilidad contractual, en muchas otras se hace referencia a la extracontractual. Así, a modo de ejemplo, podemos señalar la STS 263/2009 de 24 de abril<sup>527</sup>, que la considera contractual.

En este contexto normativo de ausencia de regulación legal de la responsabilidad precontractual, nos parece desolador que la PMCC en materia de obligaciones y contratos, lleve años de pendiente tramitación en sede parlamentaria esperando a su debate y aprobación. Y ello porque considero que la implantación normativa del citado Proyecto nos permitiría, al igual que en Francia o Alemania, actualizar y complementar nuestro viejo Código Civil que, si bien es un extraordinario texto legal que ha servido y sigue sirviendo para la resolución de múltiples situaciones, necesita ya de una profunda revisión, incluido en lo relativo al ámbito de la responsabilidad precontractual.

## **2. LA CULPA IN CONTRAHENDO: SEGÚN IHERING**

La doctrina alemana se vio necesitada de construir una nueva teoría para fundamentar la responsabilidad precontractual mediante una técnica *praeter legem*, dada la existencia de limitaciones intrínsecas en la responsabilidad precontractual. Estas limitaciones son, en primer lugar, que los bienes jurídicos, cuya lesión puede potencialmente dar lugar a una responsabilidad precontractual, están tasados y que el resto de los bienes jurídicos solo tendrán el carácter de indemnizables en determinados supuestos de antijuridicidad. Y, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el alcance de la responsabilidad vicaria del empleado del empresario es más limitada que en España y otros países. Situaciones que

---

<sup>527</sup> STS nº263/2009 DE 24 de abril 2009 (ROJ: 3275/2009; Id. Cendoj: 28079110012009100358), Recurso: 1562/2004; Ponente: Vicente Luis Montes, P.; Fundamento de Derecho Tercero: “(...) en el caso del ejercicio de la acción de responsabilidad por dolo *in contrahendo*, se ha de convenir con la más autorizada doctrina en que la acción de responsabilidad es de naturaleza contractual, y por ende en cuanto a la prescripción se regiría por el art. 1964 CC”.

solamente encontraban un remedio resarcitorio cuando se estaba dentro del ámbito contractual.

Así pues, en Alemania la técnica de la culpa *in contrahendo* ha permitido superar los límites en la imputabilidad de ciertos daños extracontractuales, a través de una expansión del ámbito de aplicación de la responsabilidad precontractual.

A finales del siglo XVIII, Ihering demostró que, como consecuencia del comportamiento desarrollado por las partes durante las negociaciones en la fase precontractual, puede surgir para ellas una determinada responsabilidad, que este autor alemán denominó culpa *in contrahendo*. Y, por tanto, surge un deber de indemnizar a la otra parte por los daños causados.

De esta forma, el perjudicado por la culpa generada por el hecho de haber actuado de mala fe durante la fase precontractual dispone de una acción de resarcimiento que tiene una base y un carácter estrictamente contractual. Así pues, según Ihering, como consecuencia de la conclusión del contrato, no solo se origina la obligación de cumplimiento, sino que nace también esta obligación de resarcimiento de daños.

La doctrina de Ihering fue acogida por importantes sectores doctrinales e influyó en la redacción de la reforma del BGB (Código Civil alemán) que, sin establecer una formulación de carácter general, ordena la reparación o resarcimiento de los daños y perjuicios en los casos de declaración de voluntades nulas por falta de seriedad y error, en que se obliga a indemnizar por el daño que se sufra por haber confiado en la validez de la declaración (sección 122 BGB). También se aplica en los supuestos de contrato nulo por imposibilidad originaria de la prestación cuando una de las partes la conocía o debía conocer, o por el hecho de chocar el contrato con una prohibición legal o contra las buenas costumbres (sección 307 y 309 BGB).

La indemnización por daños a la confianza se aplica también en el supuesto de un contrato concluido por un representante sin ningún poder de representación cuando el tercero desconocía la falta de poder (sección 179.2 BGB).

Ihering se refería en su doctrina a los casos de contratos nulos, con lo cual su teoría no encajaba en los casos en que el contrato no se había formalizado; apoyándose además en

la ficción de que el contrato nulo por *lex privata* que autorregula las relaciones entre las partes, existe como fuente de responsabilidades.

La Sección 823 BGB establece la obligación de reparar el daño causado cuando se haya lesionado de forma antijurídica y concurriendo dolo o negligencia, la vida, la integridad física, la salud, la libertad o cualquier otro derecho. Precepto que es de difícil encaje en los daños precontractuales.

Parte de la doctrina alemana y la jurisprudencia admitieron la existencia de la culpa, aún en el supuesto de la conclusión del contrato y de que este fuera válido, si en la celebración del mismo una de las partes hubiera incumplido especiales deberes de conducta, especialmente los deberes de información, particularmente importantes en el desarrollo contractual. Para justificar estos deberes y el carácter contractual de la responsabilidad de las partes en la fase precontractual argumentaron que desde la apertura de las negociaciones existe ya un convenio tácito o una obligación derivada del simple “contacto social”, en el que los deberes de información y protección forman parte.

La doctrina de Ihering distingue entre el interés positivo y el interés negativo. El primero es el “interés del cumplimiento” o de ejecución del contrato y el segundo está determinado por la falta de validez o por la frustración del contrato, llamado “interés de confianza”.

Según la doctrina, el daño resarcible en los supuestos de responsabilidad contractual se limita al interés negativo, que se da en los supuestos arriba señalados, comprendiendo el reembolso de los gastos realizados durante los tratos preliminares.

El lucro cesante, se considera en los casos de responsabilidad precontractual por nulidad de contrato, donde la parte que ha violado los deberes de buena fe se encuentra obligada al resarcimiento de la pérdida de la ocasión más ventajosa para quien concluyó el contrato, fundamentándose en la confianza de la validez del mismo<sup>528</sup>.

---

<sup>528</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2007). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Teoría del Contrato. Sexta Edición. Pág. 139. Civitas - Thomson Reuters. Pág. 92.

En relación con lo anterior, BERNAD MAINAR<sup>529</sup> expone que “en derecho español la tesis mayoritaria reduce la responsabilidad precontractual al interés contractual negativo o daño emergente, con exclusión del denominado interés positivo o lucro cesante; así pues, la responsabilidad derivada de la ruptura injustificada de los tratos preliminares abarcaría los gastos en que hubiera incurrido justificadamente la parte defraudada (pago de asesores, desplazamientos, gastos bancarios, alquiler de almacenes, etc.), así como también los perjuicios emanados de las negociaciones paralelas que viniera celebrando y se vio obligado a abandonar por esta razón. Pero la indemnización no abarcaría ni a los beneficios que hubiera generado el contrato abortado, ni a las ganancias dejadas de obtener por otra propuesta contractual no concluida”.

Ihering se decanta en esta disyuntiva por el interés contractual negativo, aspecto vertebral y medular de su teoría, en cuya virtud la indemnización se extendería tanto al daño emergente (gastos en que incurrió la parte que comenzó la ejecución), como al lucro cesante (pérdidas sufridas por el rechazo de ofertas más ventajosas tras haber iniciado la ejecución), puesto que el culpable no podría ser obligado a indemnizar el equivalente de la prestación prometida -interés positivo- por hallarnos en presencia de un contrato nulo, del cual no podría emanar ningún deber de cumplimiento, con arreglo al adagio *quod nullum est, nullum effectum producit*.

### 3. RECURSOS NORMATIVOS

En relación con lo comentado, ASUA GONZÁLEZ<sup>530</sup> expone que “la doctrina alemana actual, concibe a la culpa *in contrahendo* como un instituto basado en la costumbre jurídica que hace responsable a quien en la fase precontractual ha realizado un comportamiento lesivo contrario a los imperativos de la buena fe en sentido objetivo.

---

<sup>529</sup> BERNAD MAINAR, R. (2015). Responsabilidad ante la ruptura injustificada de los tratos preliminares. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 747. Pág. 17.

<sup>530</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (1989). “*La culpa in contrahendo...*” Op. Cit. Pág. 27.



Entre los supuestos típicos estaría la responsabilidad por interrupción de las conversaciones contractuales.”

### 3.1 DERECHO NACIONAL

La normativa vigente no regula el desistimiento en la fase de negociaciones, por lo que los tribunales han de acudir al principio de la buena fe, al *soft law* de la UE e internacional y a las propuestas modernizadoras del CC y del CCo. En este sentido, se manifiestan las SSAP de Madrid nº347/2013 de 17 de mayo 2013<sup>531</sup> y nº347/2013 de 7 de mayo<sup>532</sup>.

La jurisprudencia nacional trata en abundancia los supuestos de ruptura de tratos preliminares, como podemos apreciar en insignes Sentencias como la STS nº444/2009, de 15 de junio 2009<sup>533</sup>. En esta Sentencia se delimitó el concepto de buena fe y se explicitó

---

<sup>531</sup> SAP de Madrid nº347/2013 de 7 de mayo 2013 (ROJ: SAP M 9843/2013; Id. Cendoj: 28079370122013100177). Recurso: 888/2011; Ponente: José María Torres Fernández de Sevilla. Fundamento de Derecho Décimo Cuarto:

“En la misma línea, los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), citados en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª) de 9 de mayo de 2.011, cuyo artículo 2:301 (incluido en la Sección 3 del Capítulo 2, relativa a la responsabilidad en las negociaciones), prevé lo siguiente:“(1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo.“(2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.“(3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte”.

<sup>532</sup> SAP de Madrid nº347/2013 de 7 de mayo (ROJ: SAP M 9843/2013; Id. Cendoj: 28079370122013100177). Recurso: 888/2011; Ponente: José María Torres Fernández de Sevilla. Fundamento de Derecho Primero:

“Pero como la fase preliminar es, de suyo, confusa, esa responsabilidad no cubre cualquier tipo de inversión o gasto que haya hecho uno de los interesados, sino que se requiere un título de imputación de esa responsabilidad para referirla, al contrario, criterio de imputación que, a falta de una regulación específica de esta materia en nuestro ordenamiento, no puede ser otro que el principio general de buena fe unido al que impide dañar injustificadamente a otro (arts. 7 y 1902 CC)”.

<sup>533</sup> STS nº444/2009, de 15 de junio (ROJ: STS 3874/2009; Id. Cendoj: 28079110012009100437). Recurso: 1623/2004. Ponente: Xavier O ‘Callaghan Muñoz. Fundamento de Derecho Tercero: “El principio general de la buena fe (...) constituye una noción omnicompreensiva como equivalente al ejercicio o cumplimiento de los derechos de acuerdo con la propia conciencia

que para que surja obligación de resarcir, ha de existir un daño relevante que se desprenda de la actuación contraria a la buena fe y una relación entre el daño y la confianza”. Obviamente, la prueba de todo ello corresponde a quien alega la existencia del daño. El hecho de que el contrato llegue a celebrarse o no, va a suponer una diferente trascendencia jurídica<sup>534</sup>. La STS de fecha 14 de junio de 1999<sup>535</sup> determina las condiciones para que la conducta de quien causa la ruptura de las negociaciones sea jurídicamente reprochable, pero no solo por la existencia de una confianza creada en que el contrato de franquicia se formalizará, sino porque esta se ha producido de forma injustificada, se ha generado un daño a una de las partes y finalmente porque existe un nexo causal entre la confianza creada y el daño. Y, la STS 60/2018 de 30 de enero<sup>536</sup>, relaciona la culpa *in contrahendo* con la ruptura de los tratos preliminares.

---

contrastada debidamente por los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia, de cuyas notas sobresale que se trata de una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, que se cohoneste con el fuero interno o conciencia del ejerciente y, por último, que se apruebe o sea conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad”. “El abuso del derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado”

<sup>534</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (2017). “*Las fases de formación del Contrato.*” *Op. Cit.* Págs. 19 y ss. El autor manifiesta en su obra que tanto si el contrato se llega a celebrar como si no, los tratos preliminares, pueden tener trascendencia jurídica, tal como veremos más adelante. Si el contrato llega a celebrarse, “dicha trascendencia debe regularse bajo la perspectiva de la existencia del contrato, mientras que si no hay contrato se requieren unas soluciones específicas”.

<sup>535</sup> STS nº527/1999 de 14 de junio (ROJ : STS 4182/1999; Id. Cendoj: 28079110011999102291). Recurso: 3396/1994; Ponente: Román García Valera. Fundamento de Derecho Segundo: “(...) para que la ruptura de los tratos preliminares sea calificada como conducta antijurídica, la doctrina científica exige la concurrencia de los siguientes elementos: a) la suposición de una razonable situación de confianza respecto a la plasmación del contrato: b) el carácter injustificado de la ruptura de los tratos; c) la efectividad de un resultado dañoso para una de las partes; y d) la relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada.”

<sup>536</sup> STS nº60/2018 de 30 de enero (ROJ: STS 222/2008; Id. Cendoj: 28079110012008100051); Recurso: 4903/2000; Ponente: Xavier O’Callaghan Muñoz; Fundamento de Derecho Segundo: “La culpa *in contrahendo*, a su vez, nace de la ruptura injustificada de unos tratos previos que han producido un daño probado a una de las partes, naciendo para la que ha ocasionado la ruptura la obligación de repararlo, basada en el artículo 1902 de la Código civil siempre que le sea imputable la misma”.

Según la doctrina jurisprudencial, para que se origine una responsabilidad por la ruptura de unos tratos preliminares en el ámbito de la franquicia, deben darse los siguientes requisitos<sup>537</sup>:

- a- Que se haya creado una confianza razonable en la conclusión del contrato, entendida como aquella generada por actos, actitudes o conductas que, con independencia del valor y efectos jurídicos que puedan tener por sí mismos, se consideren vinculantes para la persona o decisivos para la configuración de una situación jurídica o para el ejercicio de los derechos que se deriven de dicha situación;
- b- Que la ruptura no esté justificada, habiéndose de determinar en cada caso que interés de los que están en juego (el interés de una parte en mantener intacta su libertad de contratar y de decidir cuando le conviene o no retirarse de las negociaciones, o el interés de la otra parte que ha confiado en que el contrato se celebraría y que ha realizado una serie de gastos) debe ser protegido y sobre cuál debe recaer la consecuencia de la ruptura; recordándonos en este punto DIEZ-PICAZO<sup>538</sup> “lo peligrosamente indeterminado de la forma de la justa causa de la ruptura, que debe ser puesta en relación con los deberes de buena fe y de lealtad”;

---

<sup>537</sup> STS nº527/1999 de 14 de junio (ROJ: STS 4182/1999; Id. Cendoj: 28079110011999102291). Recurso: 3396/1994; Ponente: Román García Valera. Fundamento de Derecho Segundo:

“(…) para la presencia de responsabilidad extracontractual, entre otros requisitos, se sitúa el concerniente a que el agente a quién se impute el daño haya realizado una acción u omisión contraria a derecho, corresponde analizar si nos encontramos ante esta situación, con la particularidad, además, de que, en materia de responsabilidad precontractual, para que la ruptura de los tratos preliminares sea calificada como conducta antijurídica, la doctrina científica exige la concurrencia de los siguientes elementos”:

“a) la suposición de una razonable situación de confianza respecto a la plasmación del contrato”;

“b) el carácter injustificado de la ruptura de los tratos”;

“c) la efectividad de un resultado dañoso para una de las partes”; y

“d) la relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada”.

<sup>538</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2012). “*Fundamentos de Derecho Civil...*” Op. Cit. Pág. 323.

- c- En términos generales, la ruptura de las negociaciones estará justificada cuando se quiera proteger el interés jurídicamente más digno de tutela que el de la confianza. Así lo manifiesta también MANZANARES SECADES<sup>539</sup>, argumentando que “una vez creada esa confianza, la libertad de las partes para romper en cualquier momento las negociaciones queda subordinada al requisito de que exista una justa causa, pues de otra forma se produciría un daño a la contraparte que hay que calificar como injusto”;
- d- Que se haya producido un daño a una de las partes y que exista una relación de causalidad entre dicho daño y la confianza generada.

Prácticamente todas las propuestas armonizadoras como los PECL, el MCR, los Principios UNIDROIT y el Proyecto elaborado por el Grupo de Pavía, al igual que nuestros APLCM y las dos PMCC contemplan una regulación más avanzada en relación con la responsabilidad precontractual, comparada con la normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Dichas propuestas armonizadoras del *soft llaw* de la contratación, han servido de inspiración y guía a la Comisión General de Codificación y a la Asociación de Profesores de Derecho Civil para la redacción de la PMCC en materia de obligaciones y contratos

El contenido de la responsabilidad precontractual que contempla la PMCC redactada por la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia comporta un importante avance en muchos aspectos del derecho civil de la contratación. Si bien, la parte referida a responsabilidad precontractual, a nuestro entender, adolece de importantes lagunas e incertidumbre, y ello, se debe a no haberse tomado en la consideración debida los diferentes instrumentos normativos internacionales.

---

<sup>539</sup> MANZANARES SECADES, A. (1984). *La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares. Anuario de Derecho Civil, Vol. 37, Nro. 3*, 701. Así mismo, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2012). “*Fundamentos de Derecho Civil...*” Op. Cit. Pág. 324. En opinión del autor “por la situación objetiva del mercado o por cualquiera otra circunstancia, existe una ocasión de hacer un negocio mejor o existe una mejor oferta”, en cuyo caso la buena fe solo impondrá un deber de comunicación a la otra parte, para que en su caso pueda ajustar su propia oferta”.

En primer lugar, el art. 1245.5 PMCC determina que la infracción del deber de comportarse de buena fe durante las negociaciones, así como la infracción del deber de confidencialidad dará lugar a una indemnización por daños y perjuicios.

El segundo apartado de este mismo precepto determina una regla que será aplicable solamente cuando alguna de las partes haya procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones y cuando haya entrado en ellas o las haya continuado sin intención de llegar a un acuerdo. En tales supuestos, dicha norma establece que la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones. Sin embargo, no se da ninguna explicación sobre el motivo, ya que solo se concreta la existencia de la indemnización en los supuestos recogidos en el art. 1245.4 PMCC.

En el propio texto de la PMCC se contemplan algunos ejemplos de responsabilidad precontractual, al margen de ofrecer una regla general en relación con la buena fe. Aunque aparte de las eventuales hipótesis y de la heterogeneidad de supuestos que pueden originar una responsabilidad precontractual con sus consecuencias jurídicas, la PMCC está lejos de ser precisa y desarrollada. Así, el art. 1245 PMCC solamente se refiere al principio de la buena fe en el actuar de las partes en la fase precontractual y a los supuestos ya referidos: deber de confidencialidad y deber de no abandonar los tratos sin justa causa. En lo relativo a sus consecuencias jurídicas, se limita a determinar que la responsabilidad contractual se concretará en una indemnización de daños y perjuicios, sin el rigor técnico que esta parte tan importante debería tener.

En los supuestos de interrupción injustificada de las negociaciones o de falta de intención de contratar, la norma hace una mayor concreción, aunque insuficiente, al determinar que la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones.

En la versión que nos ofrece la Asociación de Profesores de Derecho Civil de la PMCC, se mantiene prácticamente la misma propuesta de la Comisión General de Codificación, en lo relativo a la responsabilidad precontractual, con la única diferencia destacable en el apartado indemnizatorio, que agrava la compensación que debe satisfacer quien inicie o continúe las negociaciones sin intención de concluir el contrato. Siendo la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil la siguiente:

- a- Considera el principio de libertad negocial, ya que en su art. 521-2 PMCC manifiesta que “cada cual es libre de negociar o de no hacerlo, así como de elegir a su contraparte”, eximiéndoles de cualquier responsabilidad por el abandono de las negociaciones;
- b- El art. 522-1.1 PMCC establece una responsabilidad precontractual para aquel que rompe las negociaciones contraviniendo el principio de la buena fe;
- c- El precepto anterior en su apartado 2 amplía el ámbito de esta responsabilidad precontractual más allá del hecho de romper de mala fe las negociaciones, considerándola también para los supuestos del que las inicia o continua sin intención de concluir el contrato, lo que implica una mala fe negocial;
- d- El mismo precepto en su apartado 1.c contempla una responsabilidad precontractual para aquella parte que, habiendo recibido información precontractual de carácter confidencial la revelar, siempre que fuera en provecho propio (esto último se debería probar para que se diera el tipo). Lo que el precepto está en definitiva señalando es un actuar de mala fe en relación con dicha información recibida, ya que el art. 522 PMCC, referido a la negociación para la formación de los contratos, está presidido por el principio de buena fe; y
- e- El apartado 3 del mismo art. 522 PMCC se refiere a las consecuencias de haber incurrido en responsabilidad precontractual, considerando las siguientes:
  - i. Por el hecho de infringir los deberes anteriores, más los de información y de conservar la cosa cedida temporalmente para su valoración o examen, la parte infractora deberá indemnizar a la contraparte dejándola en la misma situación que tendría de no haber entrado en negociaciones;
  - ii. Para el supuesto de iniciar o continuar las negociaciones sin intención de concluir el contrato, al anterior apartado a) se le añade otra indemnización en este caso compensatoria que cubra a la contraparte por las oportunidades de contratación pérdidas durante el tiempo que duro la negociación; y
  - iii. En el supuesto de vulnerar el deber de confidencialidad, a la indemnización del apartado a) se le podrá añadir otra que equivalga al

beneficio que el infractor obtuvo por la transmisión a un tercero de la información precontractual confidencial.

### 3.2 DERECHO COMPARADO

CARTWRIGT & HESSELINK<sup>540</sup>, en su estudio de derecho comparado sobre la responsabilidad precontractual, visto desde la perspectiva del *Common law*, vienen a sintetizar que “la colisión entre la libertad contractual y la responsabilidad hacia la otra parte es el núcleo del dilema, resuelto de forma diferente por el *common law* y por el *civil law*”.

#### - EEUU

La *FTC Rule* de 1979 regula la divulgación de la información esencial en la venta de franquicias, supeditada a los *FDD*'s estatales y prohíbe el ejercicio de cualquier acción personal por violación de los requerimientos de divulgación de los *FDD*. Así pues, solo el gobierno federal o los gobiernos estatales podrán demandar y negociar acuerdos de consentimiento y rescisiones con aquellos franquiciadores que violan la *FTC Rule*. Un franquiciado no tiene derecho en virtud de la *FTC Rule* para presentar una demanda personal contra un franquiciador por violaciones a la divulgación federal. Así pues, mientras la FTC puede ejercitar una acción federal y tratar de obtener una medida cautelar por prácticas antijurídicas de un franquiciador y recuperar una cantidad monetaria, esto no es posible para un franquiciado perjudicado por las violaciones de la norma.

El FTC como responsable del cumplimiento de la *FTC Rule*, después de la correspondiente investigación, adoptará las medidas coercitivas pertinentes contra aquel franquiciador que vulnere los requerimientos relativos a la entrega del documento de

---

<sup>540</sup> CARTWRIGHT, J., & HESSELINK, M. (2009). “*Precontractual Liability...*”. Op, Cit. Pág. 453.

información precontractual (*Disclosure*), contemplando la facultad de imponer multas, medidas cautelares y compensaciones económicas para consumidores.

La FTC puede pedir, la corrección o la devolución de cantidades pagadas, la designación de una indemnización por daños o una combinación de estos. También puede emitir órdenes de cese de actividades a los franquiciadores que incumplen las leyes de la franquicia. Las sanciones por las acciones a nivel federal permiten recuperar hasta 11.000 \$ por día por cada infracción. Las medidas se toman a través de una orden de los tribunales, advirtiéndolo al franquiciador que termine o arregle tal infracción.

Los remedios jurídicos a tener en cuenta incluyen la rescisión del contrato, la indemnización por los daños y perjuicios causados y las costas de los honorarios razonables de abogados e intereses legales, estando reservada solamente para casos en que la violación de la divulgación ha sido intencional y material, y diseñada para compensar a la parte que rescinde el “*statu quo ante*”, que incluye como mínimo la restitución de cualquier cantidad de dinero entregado al franquiciador, incluidos los cánones, *royalties* y la inversión realizada en el establecimiento para poder abrirlo. En algunos Estados los tribunales tienen la potestad de otorgar al franquiciado el triple de la indemnización que correspondería por los daños y perjuicios causados.

Es solo bajo la ley estatal, ya sea en virtud de las leyes estatales de prácticas comerciales desleales (a menudo referidas como “*Little FTC Acts*”), los estatutos de las franquicias estatales o las leyes estatales de oportunidad de negocios, que un franquiciado perjudicado está facultado para ejercitar una acción judicial contra el franquiciador y sus personas de control, por las violaciones de divulgación en relación con la *Disclosure*.

Si un franquiciado acude a un tribunal, tiene derecho según la mayoría de los estatutos estatales a una indemnización por daños y perjuicios y costas por los honorarios razonables de abogados, más los intereses legales. También tiene derecho a la rescisión del precontrato en aras de restaurar a la parte perjudicada al *statu quo ante* en que se encontraba antes de la conducta antijurídica, incluyendo como mínimo, la restitución de cualquier cantidad de dinero pagado al franquiciador (incluidos los cánones de entrada y los *royalties*), y en algunos supuestos, el dinero invertido en el negocio para su apertura y posterior funcionamiento. Esta opción de rescisión, por su excepcionalidad solo es



aplicable en determinadas circunstancias, como sería el caso de que la violación de la divulgación se considerase intencional y material.

Cada Estado con requisitos de registro o de entrega de documentos de información tiene su propia estructura de medidas coercitivas. Estos estatutos confieren un poder de investigación y enjuiciamiento a la administración estatal. Por otra parte, los Estados tienen la facultad de emitir ordenes de suspensión de actividad comerciales a aquellas empresas que crean que puedan estar vulnerando el estatuto de la franquicia, hasta que estas puedan formular sus alegaciones.

Algunos estatutos estatales de la franquicia están provistos de acciones penales y civiles. Las acciones penales a nivel estatal, normalmente se canalizan a través del fiscal general del Estado, disponiendo algunos Estados de investigadores especializados en franquicias.

Entre los remedios que prevén las leyes estatales podemos citar sin ánimo exhaustivo, la denegación o revocación del registro de la franquicia, la compensación a los franquiciados por los daños sufridos, rescisión, interdictos, sanciones civiles y sanciones penales por violaciones dolosas. La mitad de los Estados contemplan un *quantum* mínimo en concepto de indemnización por daños y muchos permiten a los tribunales triplicarlos o reconocer daños punibles.

Al margen de los supuestos legales que contemplan el ejercicio de una acción de defensa o compensación por parte de los franquiciados en caso de violación del deber de entrega del documento de información (*Disclosure*) veraz, según los requisitos de la *FTC Rule*, los franquiciados pueden también atenerse a las acciones que prevé el *Common law* en relación con las violaciones relacionadas con la oferta y venta de franquicias. A diferencia de las normas relativas a la franquicia, en el *Common law* los franquiciados no pueden recuperar el importe de las costas de los pleitos en los que son parte y han vencido.

La FTC considera que es una práctica desleal o engañosa que un franquiciador requiera de un futuro franquiciado para que renuncie a la veracidad de las informaciones contenidas en el FDD. La violación de esta norma puede dar lugar a reclamaciones efectuadas por un franquiciado según la *Little FTC Rule* de un estado o según el *Common law* (pe. por fraude o engaño negligente). Sin embargo, en virtud de esta misma ley, el franquiciador puede oponerse a aceptar una responsabilidad por la información emitida fuera del FDD.

Varios Estados han promulgado disposiciones contra las renunciaciones de los derechos legales de un franquiciado a exigir la indemnización por los daños y perjuicios consecuencia de informaciones precontractuales falsas del franquiciador. Por esta razón, es frecuente que los franquiciadores requieran a sus franquiciados para que firmen junto con el contrato de franquicia un cuestionario detallado que especifique que ciertas informaciones no se facilitaron antes de la venta.

Las cláusulas de exención de responsabilidad contenidas en el contrato de franquicia pueden ser útiles para el franquiciador como prueba de que el franquiciado confió razonablemente en la información objeto del engaño. Sin embargo, en la medida que un franquiciador haya realizado declaraciones falsas, omitiendo información importante en sus revelaciones previas a la venta a un franquiciado, las cláusulas de exención de responsabilidad no le permitirán evadir tal responsabilidad.

En los contratos mercantiles realizados en Estados Unidos, lo habitual es acudir a los tribunales de arbitraje para resolver los conflictos, en vez de a la jurisdicción ordinaria.

De acuerdo con la *FTC Rule*, si un máster franquiciado vende una franquicia, es responsable solidario con el franquiciador de entregar la documentación necesaria con la información precontractual<sup>541</sup>. Los Estados que requieren de un registro previo, obligan a un registro por separado de franquiciadores y de máster franquiciadores ofertantes de la franquicia a los sub franquiciados.

En el supuesto de las sub franquicias, según la *FTC Rule*, si un máster franquiciado vende a un sub franquiciado, es solidariamente responsable con el franquiciador de cualquier violación normativa. Además, la FTC y la mayoría de leyes estatales de la franquicia imponen expresamente una responsabilidad solidaria para todos los socios, directores, principales *managers*, *controllers* y empleados que han colaborado en la violación o son

---

<sup>541</sup> PLAVE, L. T. (2013). « *The dark side of master franchising...* » Op. Cit. Pág. 7. El autor pone énfasis en su artículo en aclarar que en relación con la información precontractual el franquiciador norteamericano deberá tener presente las normas de la *FTC Rule* y las del país de destino de la máster franquicia. Resaltando que el franquiciador deberá asegurarse que el máster franquiciador va a suministrar al sub franquiciado toda la información requerida según la ley del país de la máster franquicia.

responsables como cómplices. La mayoría de las leyes de los estados se dirigen específicamente a los máster franquiciados.

Es destacable la extensa regulación que tanto la FTC como las leyes estatales hacen de la responsabilidad precontractual derivada del incumplimiento del deber de información o del suministro de una información falsa, contemplando diversos escenarios, como la intervención de oficio, a nivel federal por parte de la propia FTC, la asignación de una responsabilidad solidaria para todas aquellas personas relacionadas con el franquiciador que actuaron como responsables o cómplices (socios, directores y empleados), su tratamiento en el caso de las multi franquicias, o la nulidad de documentos de renuncia por parte del franquiciado a reclamaciones por los daños ocasionados a consecuencia de declaraciones falsas del franquiciador.

La casuística del resarcimiento es muy diversa, llegando a poder ser extremadamente costosa para el franquiciador, si se piensa que puede llegar a incluir la rescisión del contrato, la corrección o la devolución de cantidades pagadas, una indemnización por daños, las costas o una combinación de estos o incluso la restitución a la parte rescindidora del “statu quo ante” en que se encontraba antes de que ocurriera la violación, el cese de las actividades comerciales, la denegación o revocación del registro de la franquicia e incluso sanciones penales.

## - GRAN BRETAÑA

Como venimos diciendo, el principio de la libertad para contratar en el ámbito de la franquicia implica que las partes no solo son libres para acordar el contenido obligacional del contrato, sino también para concluirlo o no, si bien en algunas ocasiones pueden ser responsables por la ruptura de una obligación extracontractual inherente a los tratos preparatorios.

En el derecho de Gran Bretaña, no se aplica la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*. En primer lugar, porque la ruptura de unas negociaciones durante la fase precontractual no es fuente de responsabilidad dado que, como ya hemos indicado, en dicho ordenamiento jurídico no se considera el principio de la buena fe contractual y, en

segundo lugar, porque en la fase precontractual no se imponen obligaciones entre las partes que están negociando.

Si bien, dentro de las obligaciones extracontractuales tenemos, el deber de no informar falsamente. En estos casos el demandante debe demostrar que las partes se encontraban en una relación cercana o especial, de tal manera que el demandado debía asumir una responsabilidad por la confianza adquirida por parte del primero.

Otro ejemplo de un reciente desarrollo del deber negativo que surge durante la negociación de las partes en la franquicia es la “ruptura de la confianza”. Como sería el caso de una divulgación indebida de información sensible obtenida a lo largo de la fase precontractual.

Un franquiciado puede demandar a un franquiciador que ha realizado falsas afirmaciones lo que provocó que dicho franquiciado formalizase el contrato de franquicia causándole pérdidas económicas, pudiendo también exigir una reclamación indemnizatoria por daños y perjuicios causado por haber incurrido en errores negligentes, aunque los remedios para las divulgaciones le son generalmente más favorables.

La indemnización por daños y perjuicios y la rescisión del contrato de franquicia son remedios posibles en caso de divulgaciones falsas, aunque los tribunales pueden conceder solo la indemnización por daños y perjuicios en el caso de la *misrepresentation* inocente o negligente, en lugar de declarar la rescisión del contrato de franquicia.

Quien solicita una indemnización por daños y perjuicios, debe justificar el nexo de causalidad. Quien pide la rescisión o terminación del contrato, debe ser capaz de vincular la celebración de este con la declaración, debiendo establecer una relación de causalidad entre declaración y su efecto.

La *Unfair Contract Terms Act* (“UCTA”) impone límites a la validez de cláusulas de exención de responsabilidad en los contratos de adhesión de franquicia. Considerándose como contratos de adhesión aquellos que no han sido negociados individualmente por las partes, habiendo sido su contenido predispuesto unilateralmente por la franquiciadora. Se consideran cláusulas de exención aquellas que pretender limitar o excluir la responsabilidad del franquiciador. Así, bajo la UCTA una contraprestación por parte del franquiciador, en un contrato de adhesión, puede operar indirectamente para excluir o

limitar la responsabilidad de la contraparte y entonces los tribunales pueden anular la disposición por “no razonable”.

Así pues, cuando se afirma que en derecho inglés no existe un deber general de informar en la fase precontractual, dicha afirmación no cubre el supuesto de información defectuosa, ya que quien decide informar debe hacerlo correctamente. Para calibrar cuán precisa es la afirmación es necesario considerar la reticencia a informar, lo que a su vez implica determinar en qué condiciones se considera legítimo el silencio de quien no informa.

En derecho inglés, *misrepresentation*, es una declaración falsa por parte de una de las partes que impulsa a la otra a celebrar el contrato. Existe, por tanto, un deber de no suministrar información defectuosa, dicho de otra manera, existe un deber de “no desinformar”. Para que se dé el supuesto de *misrepresentation* no es necesario que la declaración se haga con el propósito de engañar, ni siquiera de forma negligente. En este sentido, FURSMSTON<sup>542</sup>, reitera que “la *misrepresentation* se corresponde con una información falsa, pudiendo revestir la forma de negligente o fraudulenta. Información en el sentido de una declaración de hechos no de intenciones”.

Es una regulación complicada de analizar de forma sintética, ya que están involucradas reglas derivadas de antecedentes (*Common law*), soluciones de equidad (*equity*) y leyes.

El franquiciador que desea evitar el riesgo de vulnerar las leyes que gobiernan la *misrepresentation*, al suministrar información debe hacerlo de forma correcta y no referirse exclusivamente a conductas activas, ya que algunas hipótesis de reticencia pueden llegar a constituir *misrepresentation*. A la vista de determinadas resoluciones de los tribunales ingleses, se adivina que los límites entre callar algo y decirlo bajo algunas circunstancias pueden llegar a ser extremadamente imprecisos.

Podemos encontrar hasta dos supuestos de reticencia a facilitar información, respecto de los cuales, pueden ser alegados a través de la figura de la *misrepresentation*. El primero de ellos, sería el caso de un cambio de las circunstancias (*representation falsified by later events*) y el segundo las verdades a medias (*half-truths*). Sería un supuesto de hecho de

---

<sup>542</sup> FURSMSTON, M. (2016). “*Law of contract...*”. Op. Cit. Págs. 343-394.

cambio de las circunstancias el caso en que durante la negociación del contrato una parte ha facilitado a la otra alguna información y antes de que se celebre el contrato los acontecimientos posteriores determinan que aquello que se informó como verdadero, ha dejado de serlo. El supuesto de las verdades a medias se daría cuando lo que se informa es cierto, pero sin embargo se omite cierta información que cualifica dicha verdad e impide a quien recibe la información ponderarla adecuadamente.

En el derecho inglés la *misrepresentation* puede ser inocente, fraudulenta o negligente y dependiendo del tipo de *misrepresentation*, el franquiciado puede exigir la rescisión del contrato con el reembolso de los *royalties* y otras cantidades pagadas o una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Así pues, tenemos:

- a) *Fraudulent misrepresentation*: se da en el caso de emitir declaración a sabiendas de que es falsa, sabiendo que no es verdadera o con una ignorancia manifiesta de su veracidad o falsedad.
- b) *Negligent misrepresentation*: si se hizo la declaración falsa incurriendo en la infracción de un deber de cuidado impuesto sobre el declarante.

En opinión de TREITTEL<sup>543</sup>, la diferencia entre estos dos tipos de *misrepresentation* radica en “las consecuencias aparejadas a cada una de ellas. De esta forma, el caso de la declaración fraudulenta puede conllevar consecuencias respecto de la validez o eficacia del contrato e indemnizatorias y la inocente únicamente afectaría a la eficacia del contrato, no dando derecho a exigir indemnización”.

Por otro lado, según WORMALD<sup>544</sup> “el franquiciado puede demandar por tergiversación cuando se le induce a firmar el acuerdo de franquicia y sufre pérdidas, con base en declaraciones de hechos falsos realizadas por el franquiciador. Según la ley inglesa, la tergiversación puede ser inocente, negligente o fraudulenta. Dependiendo de la naturaleza de la tergiversación, los remedios pueden incluir: rescisión del contrato, con reembolsos de los importes pagados en virtud del mismo y de los daños y perjuicios. Por otro lado, los tribunales se han mostrado dispuestos a eludir o anular las cláusulas de exclusión o

---

<sup>543</sup> TREITTEL, G. (2003). *The law of contract*. Londres : Thomson Sweet & Maxwell, pags.345-349.

<sup>544</sup> WORMALD, C. (2018). “*Domestic and international franchising...*”. Op. Cit. Pág. 4

las disposiciones de limitación de responsabilidad en los casos apropiados, y a otorgar indemnizaciones por daños sustanciales contra los franquiciadores”.

Es común que los contratos de franquicia contengan cláusulas que tratan de limitar la responsabilidad por la *misrepresentation*. No obstante, se requiere una redacción cuidadosa, así como un meticuloso y prudente proceso de venta, particularmente con lo relacionado con las estimaciones de ingresos y lo que se ha dicho acerca de las perspectivas económicas de la futura franquicia, ya que los tribunales han venido mostrando un deseo de revisar estas cláusulas con la idea de proteger a los franquiciados.

En el ordenamiento jurídico inglés las causas de exención de responsabilidad por las *misrepresentations* fraudulentas se consideran inválidas. Así pues, en derecho inglés, la figura de la *misrepresentation* viene a dotar a su ordenamiento jurídico de un reproche a similar, aunque no igual, al que nos ofrece la figura del error o el dolo como vicio del consentimiento en nuestro derecho contractual.

No existe tampoco regulación alguna en relación con las divulgaciones obligatorias aplicables a la venta de máster franquicias. Si el máster franquiciado es miembro de la BFA, se aplicarán los requisitos de divulgación precontractual concretados en el art. 3 del Código Ético BFA y estará obligado a entregar la información pertinente. Esto requerirá inevitablemente de la cooperación de franquiciador.

Al igual que en el caso comentado anteriormente, la divulgación adecuada es una de las formas más efectivas de gestionar el riesgo asociado a las posibles demandas legales de los sub franquiciados por informaciones falsas o fraudulentas.

En la práctica, en un acuerdo entre el máster franquiciado y el sub franquiciado, cualquier responsabilidad por divulgación de información falsa caería del lado del máster franquiciado, dado que las partes tienen un vínculo obligacional suficiente para poder demandar la una a la otra por haber mediado engaño. Así mismo, el sub franquiciado puede demandar por errores negligentes al máster franquiciado y al franquiciador si puede probar que el franquiciador le debía al máster franquiciado un deber de cuidado.

El derecho inglés sobre ventas piramidales tiene una específica regulación para las franquicias. Estas normas legales se refieren al supuesto de existencia de múltiples capas o niveles de franquicias donde el máster franquiciado tiene derecho a vender a su vez franquicias a los sub franquiciados. La violación de las leyes de venta piramidales suele conllevar responsabilidad penal.

La legislación sobre ventas piramidales no se aplica para el caso de un solo nivel (franquiciador y franquiciado). Cuando esta legislación se aplica el máster franquiciado está condicionando ciertas obligaciones: i. Incluir cierta información y avisos en la publicidad; ii. Incluir en cualquier contrato con los nuevos sub franquiciados advertencias y declaraciones sobre sus derechos, con 90 días de anticipación; e iii. Imponer restricciones sobre el *timing* de ciertos pagos.

En opinión de BANAKAS<sup>545</sup>, a diferencia de otros sistemas legales europeos, la responsabilidad precontractual en la ley inglesa es de menor entidad por la necesidad de que el contrato debe basarse en un intercambio de beneficios / perjuicios para ser vinculante (la doctrina de consideración). Esto hace que sea más difícil que cualquier acto o declaración en la etapa precontractual tenga efecto vinculante, si finalmente no se concluye el contrato”.

## - ITALIA

La reforma del Código Civil italiano de 1942 introdujo la responsabilidad precontractual en sus arts. 1337 y 1338 CCI; si bien, fue la *Legge 129/2004* de 16 de Mayo, la que la consideró en el ámbito de la franquicia.

Desde un punto de vista precontractual, para analizar la violación del deber de informar por parte del franquiciador debemos recurrir al art. 8 *Legge 129/2004* que puesto en relación con lo previsto por el art. 1439 CCI, facultará al franquiciado para exigir la anulación del contrato y una indemnización por los daños y perjuicios causados. Por otro

---

<sup>545</sup> BANAKAS, S. (2009). « *Liability for Contractual Negotiations...* ». Op. Cit. Págs. 4-5.



lado, la violación de esta obligación no tiene consecuencias criminales ni implica a ninguna agencia gubernamental.

En relación con la citada indemnización por daños, solamente se podrán recuperar las pérdidas materiales sufridas y probadas. La pérdida de beneficios está excluida de acuerdo con los principios generales de la ley, no quedando claro por la jurisprudencia cuales son los verdaderos límites de lo indemnizable.

En principio, los directivos y empleados del franquiciador o del sub franquiciado no pueden ser declarados culpables, a no ser que se pruebe que han actuado con negligencia o fraude o que han cometido algún otro delito según el código penal italiano.

En el caso de las máster franquicias, el franquiciador es ajeno a cualquier violación del deber de informar del art 4 LF, por parte del máster franquiciado, en relación con el sub franquiciado. Si se produjera tal violación de suministro de información por parte del máster franquiciado (p.e. no respetar el plazo mínimo de los 30 días para la entrega de la información establecidos por ley) o existe información falsa proporcionada por el franquiciador, o ambas, en este caso solo será responsable el máster franquiciado y nada se le podrá reclamar al franquiciador.

## - ALEMANIA

A través de la reforma del derecho de obligaciones, a través de la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones de 16 de noviembre de 2001, se codificó la responsabilidad por culpa *in contrahendo*, En este sentido, la Sección 311 BGB, en su núm. 2, incluye dentro de este tipo de responsabilidad lo relacionado con la formación del contrato, destacando la figura de la “confianza creada”, como fuente de responsabilidad.

Actualmente, a través de la culpa *in contrahendo*, se aplica una responsabilidad a quien durante la fase precontractual ha realizado un comportamiento lesivo, contrario al principio de la buena fe.

La única mención que hace el Código Civil alemán a la fase precontractual del contrato de franquicia, a excepción del contenido de la sección 280.1 BBG, es a lo referido a la indemnización por daños y perjuicios en el supuesto de la culpa *in contrahendo*.

Si el franquiciador incumple el deber de suministrar información al franquiciado, este último está legitimado para exigir una indemnización por daños. A través de la compensación por indemnización, el franquiciador debe dejar indemne al franquiciado, en situación equivalente a como si se hubiese cumplido tal deber de información.

Un franquiciado que puede demostrar que se le proporcionó información engañosa o que se le ocultó información esencial tiene derecho a reclamar indemnización por los daños y perjuicios causados y a rescindir el contrato, debiendo demostrar que no habría contratado si se le hubiera informado adecuadamente.

La jurisprudencia alemana ha venido declarando que el franquiciador debe abstenerse de facilitar información engañosa sobre el sistema de franquicias y debe facilitar toda la información relevante acerca del modelo de negocio a franquiciar para poder evitar eventuales reclamaciones por daños. Cualquier falta de información o la emisión de información engañosa daría lugar a una responsabilidad precontractual por incumplimiento de los deberes de información del franquiciador.

Como el franquiciado puede no estar de acuerdo con el contrato de franquicia con base en la información precontractual recibida, tiene derecho a rescindir el acuerdo. Por lo tanto, el franquiciador podrá ser requerido a consentir dicha cancelación, devolver al franquiciado todos los *fees* y “cánones” cobrados y los gastos incurridos por el franquiciado en la franquicia, deduciendo los beneficios obtenidos durante la duración de la franquicia.

Si el franquiciado ha formalizado el contrato con base en un engaño, causado por una intención fraudulenta por parte del franquiciador, el franquiciado puede ejercitar acción de nulidad del contrato para que sea declarado inválido. En este caso, el franquiciador debe compensar al franquiciado por el daño sufrido, además, de que, en caso de graves prácticas fraudulentas por parte del franquiciador, el franquiciado puede denunciarlo ante el fiscal competente.

Por regla general, los directores y empleados del franquiciador no están expuestos a responsabilidad porque no son parte del contrato, y por tanto, no tienen una vinculación directa con los franquiciadores. Dicho esto, hay casos excepcionales en los que intermediarios o terceras partes pueden ser responsables por violaciones relacionadas con la información precontractual. El Código Civil prevé la responsabilidad de las terceras partes cuando en estas recae un alto grado de confianza e influyen durante las negociaciones contractuales o en la conclusión del contrato.

No obstante, la jurisprudencia alemana ha aceptado en determinados casos la concurrencia de culpas y, como consecuencia, una disminución de la responsabilidad del franquiciador que incumple, siempre y cuando no haya actuado con dolo (Sección 254 BGB).

Si el franquiciador ha emitido información falsa en relación con las posibilidades de facturación de la franquicia, estará obligado a indemnizar al franquiciado en caso de que esta información fuera decisiva para la construcción de su voluntad contractual.

En el supuesto de que el franquiciador haya sido demandado para indemnizar por los daños y perjuicios causados por haber transmitido una información errónea, no puede alegar concurrencia de culpa del franquiciado por el hecho de que este último se haya comportado de manera irreflexiva e imprudente, confiando en las informaciones del franquiciador.

El derecho civil alemán ofrece a través de su Sección 123 BGB, la facultad de exigir la anulación del contrato, alegando dolo si lo hubiere habido y la devolución de los pagos realizados durante la fase precontractual; estando legitimado el franquiciador para descontarse de tales pagos el importe correspondiente a cualquier enriquecimiento que el franquiciado haya tenido durante esta fase.

## - FRANCIA

En derecho francés al igual que en el español, las normas del ámbito extracontractual del Código Civil (art. 1382 CCf), son las aplicables a la responsabilidad precontractual,

fundamentándose su aplicación con base en la vulneración de los principios de la equidad comercial y de la buena fe.

En Francia no existe ninguna agencia gubernamental que controle o regule los requerimientos del deber de información precontractual. Cualquier violación de este deber tiene que ser evaluada por los tribunales, con competencia material, que normalmente será un tribunal comercial.

En el supuesto del incumplimiento del deber de informar, el franquiciado puede iniciar acciones ante los tribunales comerciales para que se le reconozca la indemnización por los daños sufridos y en aras de obtener un reembolso proporcional por los *fees* pagados al franquiciador y por las inversiones realizadas en la franquicia.

Incluso en el caso de que la falta de información suministrada no haya sido considerada como causa de la nulidad del contrato, el franquiciador puede ser considerado como responsable, exigiéndosele el pago al franquiciado de una indemnización por daños. De hecho, el franquiciado podría argumentar que de haber dispuesto de toda la información necesaria hubiera firmado el contrato con otras condiciones y habría podido evitar los daños sufridos. El franquiciado en estos casos deberá demostrar la existencia de un vínculo directo entre el daño sufrido y el hecho de que el franquiciador no haya proporcionado el documento de información precontractual.

El franquiciado también puede exigir la resolución del contrato en caso de error (art. 1132 CCf), o declaración fraudulenta (art. 1137 CCf), a condición de que demuestre que con la información verídica no hubiera firmado el contrato, ya que lo hizo con el consentimiento viciado.

Recientemente, las sentencias del máximo tribunal francés tienden a centrarse en los planes y cifras de negocio proporcionados por los franquiciadores a los futuros franquiciados. Los tribunales admiten que los franquiciados deben proceder a un análisis preciso de la operación comercial futura para medir el potencial de la empresa, y el

franquiciador por su parte, debe asegurarse de que los planes y cifras de negocios proporcionados al franquiciado no sean poco realistas o exagerados u optimistas<sup>546</sup>.

En relación con ello, el Tribunal de Apelación de Versalles, el 7 de junio de 2007, sentenció que una brecha del 50 % entre el pronóstico del franquiciador y los resultados obtenidos no es suficiente para imputar responsabilidad al franquiciador, ya que el plan provisional se basó en el promedio de la cifra de ventas de tiendas equivalentes de la misma zona geográfica. De este modo, el franquiciador cumplió con la obligación de proporcionar información sincera y leal. El Tribunal confirmó también la obligación del franquiciado de realizar consultas sobre la rentabilidad del proyecto y de verificar la información proporcionada por el franquiciador, con la asistencia de profesionales si fuera el caso.

Los tribunales también pueden ser tolerantes con el comportamiento de los franquiciados en el supuesto de que no dispongan de experiencia previa suficiente en la operativa de la actividad comercial antes de formalizar el contrato. Así pues, en Sentencia del 3 de abril de 2007, el máximo tribunal francés desaprobó el razonamiento del Tribunal de Apelación que limitó, sin ningún debate, la cantidad por daños que se adjudicaría al franquiciado porque consideraba que, con la preexistente o inexacta información precontractual que

---

<sup>546</sup> El 26 de octubre del 2006, el Tribunal de Apelación de Orleans, fue particularmente claro al respecto, al determinar que:

*“Incluso si la Ley no obliga al franquiciador a realizar una investigación de mercado local o a establecer cuentas operativas provisionales, esta tarea depende del franquiciado que, con respecto a su inversión, procederá a este análisis y evaluará los riesgos relacionados; es constante que al proporcionar esta información y particularmente a los planes de negocios, la observancia del art. L.330-3 y la obligación general de actuar de buena fe en el Derecho contractual requieran que el franquiciador realice una presentación sincera del mercado local y establezca Presupuestos razonables por referencia a cifras de ventas tangibles....”*

*“Incluso considerando que al franquiciador no les es posible obtener los resultados de una operación prevista, debido a las contingencias comerciales y a los riesgos inherentes a cada pronóstico, debe utilizar las herramientas estadísticas económicas y financieras, así como una investigación suficiente del mercado local para poder suministrar un estudio provisional confiable, ya que esta información podría estar fuera del conocimiento del franquiciado. La importante brecha entre el pronóstico y los resultados atestigua la ligereza de este estudio”*

disponía el franquiciado debería haber preguntado acerca de los detalles relevantes antes de contratar y había actuado culposamente al no hacerlo.

Cuando el contrato se haya rescindido, el franquiciado puede solicitar el reembolso de los *fees* pagados durante la vigencia del contrato, así como una compensación por los daños sufridos durante la explotación de la franquicia.

La cuantía de los daños se calculará, normalmente, con base en el margen bruto dejado de ganar por no disponer de una información precontractual veraz. Los tribunales a la hora de calcular la cuantía de los daños toman en consideración la experiencia profesional del franquiciado.

Si el franquiciador se implica en prácticas fraudulentas o engañosas en relación con su acción comercial de venta de franquicias puede ser procesado por fraude (Pe. usar una identidad u ocupación falsas), engaño o falsedad en la promoción de la franquicia.

Las cláusulas de exención de responsabilidad contenidas en el contrato de franquicia se considerarán nulas por contravenir una norma imperativa, ya que la obligación de proporcionar la información precontractual que cumpla con los arts. L.330-3 y R.330-1 es obligatoria según la legislación francesa.

### **3.3 EL *SOFT LAW* DE LA CONTRATACION**

En el art. 2.1.15 de los principios UNIDROIT se prevé que solamente la interrupción maliciosa de los tratos preliminares conlleva la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados a la otra parte. Con el objetivo de concretar dicho resarcimiento, se señala también lo siguiente: “la responsabilidad de una parte por las negociaciones de mala fe se limita a los daños y perjuicios causados a la otra parte. En otras palabras, la parte agraviada puede recuperar los gastos en que incurrió por las negociaciones y también podrá ser compensada por la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato con un tercero (la llamada “confiabilidad” o interés negativo), pero no podrá, en principio, recuperar las ganancias que hubiere percibido de haberse perfeccionado el contrato original (la llamada expectativa o interés positivo).”

En el art. II-3:301 del *Draft Common Frame of Reference* (MCR/DCFR) no se observa tampoco gran concreción sobre la materia, ya que en él se determina que una persona que ha conculcado este deber viene a ser responsable de cualquier pérdida ocasionada a la contraparte por tal incumplimiento.

En opinión del *Study Group on a European Civil Code* y del *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*<sup>547</sup> las pérdidas por las cuales la persona que actuó en contra de la buena fe es responsable incluyen gastos incurridos, el trabajo realizado y la pérdida en transacciones efectuadas en cumplimiento del contrato esperado. En algunos casos, la pérdida de oportunidades también puede ser compensadas. Sin embargo, la parte perjudicada no puede pretender ser puesta en la posición en que esa parte hubiera estado si el contrato hubiera sido debidamente concluido y si las obligaciones en virtud de este se hubieran cumplido debidamente.

### **3.3.1 LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS**

El principio general de la libertad de negociación tiene como consecuencia directa la ausencia de responsabilidad de cualquiera de los que se encuentran negociando si finalmente no se decide a contratar. No obstante, este principio general viene limitado por dos deberes:

- a- El de negociar conforme a la buena fe y a la honradez en los tratos, y dado que se trata de un deber y no de una obligación, su incumplimiento da lugar a una responsabilidad por daños; y
- b- El de no romper las negociaciones contraviniendo la buena fe y a la honradez en los tratos, a pesar de que haya decidido contratar con otro oferente. Le corresponderá el mismo remedio que en el apartado anterior.

---

<sup>547</sup> *STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE* y *el RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (Acquis Group)* (18 de noviembre de 2009). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (MCR/DCFR). (S. E. Publishers, Ed.) Recuperado el 15 de marzo de 2017, P. 103.

Al tratarse de una excepción al principio de libre negociación, no puede exigirse ni un cumplimiento forzoso del contrato, ni resarcir al perjudicado de tal forma que se sitúe en una posición similar a como si el contrato se hubiese celebrado y se hubiesen cumplido todas las obligaciones.

Según el art. 2:301 PECL las partes pueden abandonar en cualquier momento las negociaciones, sin ninguna consecuencia jurídica, puesto que se reconoce el principio de libertad de contratación. No obstante, si las negociaciones avanzan hasta el punto de que se ha generado una confianza por una de las partes de que el contrato llegará a buen término, la ruptura por la contraparte de modo injustificado, le conllevará una responsabilidad por los daños que haya causado a la parte que confió<sup>548</sup>. Responsabilidad que no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico. En esta línea argumental está NÚÑEZ MUÑIZ<sup>549</sup>, quien declara que “el art. 2:301 de los Principios de Derecho Europeo de los contratos (PECL), reconoce el principio de libertad de contratación, pudiendo las partes abandonar libremente las negociaciones, no obstante, si estas están lo suficientemente avanzadas para que una de las partes confía en que el contrato se celebrará, la otra parte no podrá abandonarlas sin incurrir en responsabilidad. Existe por tanto un punto de no retorno, a partir del cual se puede vulnerar el principio de la buena fe.”

Por otro lado, los art. 4:107 PECL y 4:103 PECL contemplan la posibilidad de una responsabilidad precontractual por vicios del consentimiento, provocados por una información inexacta facilitada de mala fe o por omisión en el suministro de dicha información precontractual efectuada también de mala fe.

---

<sup>548</sup> MONSALVE CABALLERO, V. (2008). La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su regulación jurídica prenegocial en el Derecho europeo continental. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi Núm. 3*. Obtenido de V Lex. Esta es también la opinión del autor, quien añade que: “Por tanto, durante las negociaciones, se llega a un punto en el que no se puede romper sin causar un daño que debe ser reparado”.

<sup>549</sup> NÚÑEZ MUÑIZ, M. C. (2015). La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad. *Revista Crítica de Derecho inmobiliario, No.749*, pp. 1634-1635.



No queda claro que el supuesto de omisión culposa de la información esté previsto en el art. 4:107 PECL. Si bien, la falta de cesión de la información podría llegar a estimarse dolosa, la cuestión reside en si no confluyen las condiciones que establece el precepto podría tratarse igualmente de una conducta antijurídica. Entendemos que dicha omisión culposa también queda englobada en el tipo, si bien la prueba de la culpa deberá realizarse atendiendo a las circunstancias de cada caso y de acuerdo con los criterios generales.

Se considera también la correlación entre la información suministrada y el error. La información inexacta que cause el error en la otra parte, o mantenerla en el error si la otra parte conocía o debía conocer que existía de forma contraria a la buena fe, puede llegar a generar la anulabilidad del contrato, cuando la parte causante del error conociera o hubiera debido conocer que la víctima en el supuesto de conocer la verdad, no hubiese formalizado el contrato o bien lo hubiese llegado a hacer solamente en el supuesto de existir términos totalmente diferentes, a excepción de que el error fuera excusable o que dicha víctima hubiese aceptado el riesgo del error o debiera soportarlo de acuerdo con las circunstancias del art. 4:103 PECL.

Acorde con lo anterior, cabe destacar el hecho que, si bien el precepto referenciado trata de la excusabilidad, nada dice sobre la esencialidad, los dos requisitos, que como hemos explicado anteriormente, están previstos en nuestro ordenamiento jurídico al tratar del error.

En este sentido, téngase en cuenta que, la parte afectada podrá solicitar una indemnización por los daños y perjuicios soportados, incluso en el supuesto de que el error causado no haya tenido el carácter de esencial, a excepción de que la parte que suministró la información tuviera motivos para creer que era correcta (art. 4:106 PECL).

Se considera que la información defectuosa podrá generarse no solo por alguna de las partes, sino que se contempla la posibilidad de que sean terceros las que la emitan; en cuyo caso responderá la parte que forma parte del contrato o que participa en la celebración del mismo estando de acuerdo con dicha información. Tendrá también las mismas consecuencias para la parte que conocía o debía haber conocido de los hechos relevantes o si en el momento de la anulación no hubiera actuado de acuerdo con el contrato (art. 4:111 PECL).

Los preceptos relativos a la responsabilidad precontractual por vicios del consentimiento de los PECL han inspirado y sigue inspirando a los tribunales españoles y a la PMCC dado que su regulación es más completa que la normativa española.

En términos similares, se manifiesta el art. 2:301 (PECL). Según este precepto, la responsabilidad de la persona que actuó contraviniendo la buena fe y la lealtad negocial incluye tanto la indemnización de los gastos en que ha incurrido la otra parte como por el trabajo realizado por esta, así como por la pérdida por operaciones realizadas por confiar en el contrato esperado. No obstante, la parte perjudicada no puede reclamar ser puesta en la posición en la que se hallaría si el contrato se hubiere celebrado debidamente y si las obligaciones derivadas del mismo hubieran sido realizadas correctamente (interés positivo).

### **3.3.2 EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA**

El art. II-3:301 MCR<sup>550</sup> incluido en la Sección 3. Deberes de negociación y de confidencialidad, trata sobre negociaciones contrarias a la buena fe y a la honradez en los tratos, el cual debemos poner en relación con el art. I-1:103 de este MCR, según el cual, la buena fe y honradez en lo tratos, es un modelo de comportamiento basado en la honestidad, franqueza y tomando en consideración los objetivos de la contraparte Según

---

<sup>550</sup> art. II-3:301 MCR:

- 1- “Toda persona es libre de negociar y no es responsable por no conseguir llegar a un acuerdo”.
- 2- “Una persona que está en negociaciones tiene el deber de negociar con buena fe, y con honradez en los tratos y no debe romper las negociaciones de manera contraria a la buena fe y a la honradez en los tratos. Este deber no puede ser excluido o limitado por contrato”.
- 3- “Aquella persona que incurra en incumplimiento del deber es responsable por cualquier pérdida causada a la otra parte por incumplimiento”.
- 4- “En particular, es contrario a la buena fe y a la honradez en los tratos que una persona entre en o continúe con las negociaciones sin ninguna intención real de alcanzar un acuerdo con la otra parte”.

CASTRONOVO<sup>551</sup> “la información es la materia prima del deber de buena fe contractual, de manera que, de algún modo, las obligaciones de información se encontrarían subsumidas en este artículo”.

En definitiva, el MCR lo que nos viene a decir es que la relación precontractual va más allá de los meros deberes de información, dado que es la buena fe la auténtica fuente de dichos deberes, entendida como cualquier atención y cuidados necesarios para evitar el incumplimiento de deberes legales de una parte respecto de la otra.

Del contenido de este precepto se pueden derivar los siguientes principios:

- a) Libertad de negociación, el cual es esencial para que el consentimiento se pueda dar libremente, sin estar contaminado por ningún vicio de la voluntad, especialmente por los provocados o inducidos por la otra parte, como sería el error producido por falta de información precontractual, declaración falsa fraudulenta, explotación injusta y especialmente por coerciones o amenazas.
- b) Ausencia de responsabilidad de cualquiera de las partes que estuviere negociando si finalmente no se decide contratar.

A su vez, el principio de libertad de negociación está limitado por dos deberes:

- a) El de negociar conforme a la buena fe y la honradez en los tratos, si bien al tratarse de un deber, pero no de una obligación, su incumplimiento derivaría en una eventual responsabilidad por los daños causados y no remedios contractuales como el cumplimiento forzoso o la terminación de las obligaciones recíprocas.
- b) El deber de no romper las negociaciones en contravención de la buena fe y la honradez en los tratos y le corresponde el mismo remedio.

Ambos deberes son de *ius cogens* y no pueden excluirse por pacto. La base para la responsabilidad de carácter extracontractual es la declaración falsa fraudulenta y la indemnización por daños que engloban tanto el concepto de daño emergente como el de lucro cesante, e incluso daño exclusivamente patrimonial. No obstante, al tratarse de una excepción al principio de autonomía privada, no puede exigirse ni un cumplimiento

---

<sup>551</sup> CASTRONOVO, C. (2009). *Information duties and precontractual good faith*. *European Review of Private Law*, Págs. 561-569.

forzoso del contrato ni resarcir a la víctima de forma que se sitúe en una posición similar a como si el contrato se hubiera celebrado y se hubiesen cumplido todas las obligaciones.

### 3.3.3 LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

Lo referido a un actuar de mala fe en la entrega o en la omisión de entrega de la información precontractual, que provocará un vicio del consentimiento del franquiciado, lo encontramos en los arts. 3.5 y 3.8 PU<sup>552</sup>, con un redactado similar a los arts. 4:103 y 4:107 PECL.

A nuestro juicio, estos principios, aunque no tengan carácter vinculante contempla una regulación más completa sobre los vicios del consentimiento que la normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Debemos destacar que estos principios sirvieron de inspiración a la Comisión Codificadora para la redacción de la PMCC.

También sobre la fase precontractual relativa a los tratos preliminares es de destacar el art. 2.1.15 PU que aborda las “negociaciones de mala fe”, que es muy similar en su contenido al art. 2:301 PECL.

---

<sup>552</sup> Art. 3.5 PU. “(Error determinante) (1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas, y: (a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o (b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aun razonablemente de conformidad con el contrato. (2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si: (a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o (b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo”.

Art. 3.8 PU. “(Dolo) Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.”

La normativa relativa a la responsabilidad en la fase precontractual que contiene los Principios UNIDROID está fundamentada en la quiebra del principio de la buena fe ( arts. 2.1.15 PU y 3.2.16 PU). Recordemos que en nuestro ordenamiento jurídico no existe en la actualidad una regulación sobre la responsabilidad en la fase precontractual.

### **3.3.4 EL PROYECTO DE PAVÍA DE CÓDIGO EUROPEO DE LOS CONTRATOS**

El Proyecto de Pavía establece con carácter general que, durante la fase de los tratos preliminares, las partes deben informarse de cualquier circunstancia que deba ser conocida por la contraparte, por el hecho de que de conocerse no se celebraría el contrato.

Si a pesar de ello, se emitiera una información falsa o ambigua, existirá un doble efecto, según el art 7.2 PP:

- a- Si todavía no se ha formalizado el contrato, la parte que actuó de mala fe responderá del importe de los gastos, así como de la pérdida económica de ocasiones similares.
- b- Si se hubiera formalizado el contrato, la parte afectada podrá elegir entre exigir la nulidad del contrato por error en el consentimiento, la devolución de las cantidades percibidas o la indemnización que deberán fijar los tribunales. Proveyéndose por tanto la posibilidad de anular el contrato por vicios del consentimiento (art. 146).

### **3.4 EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE**

En nuestro Código Civil el principio de la buena fe en la fase precontractual se fundamenta en varios preceptos legales. Así pues, podemos acudir a la aplicación directa del art. 7 CC, en relación con los derechos ejecutables en esta fase, el art. 1258 CC por su aplicación analógica y, por último, a la aplicabilidad del mismo principio general de la buena fe, tal como lo estipula el art. 1.4 CC, que obliga a un determinado comportamiento de rectitud y diligencia, en la fase de formación del contrato de franquicia.

Al tratarse la buena fe, como un patrón de valoración de las conductas en la fase precontractual, a su vez genera unos concretos deberes de conducta, entre los cuales tenemos: el deber de información, de lealtad y de protección, que pueden dar lugar a una responsabilidad precontractual y contractual si se ha perfeccionado el contrato.

Refiriéndose a la buena fe en relación con la responsabilidad precontractual, CABANILLAS SÁNCHEZ<sup>553</sup> manifiesta que, “la buena fe es una misma noción *in contrahendo* y *post contrahendo*, que reviste carácter objetivo en cuanto impone a las partes que tratan o negocian un arquetipo de conducta social. La buena fe objetiva es externa al sujeto y le impone una serie de deberes de rectitud y diligencia”.

El argumento que esgrimen los contractualistas es que el deber de actuar de buena fe durante la fase precontractual implica una verdadera obligación *inter partes*, y no una obligación de carácter absoluto frente a todos, lo que conlleva que los daños generados por la vulneración de tal deber generan una responsabilidad de naturaleza contractual. No obstante, como veremos a continuación, no estamos ante una cuestión pacífica.

Si en esta fase previa a la celebración del negocio jurídico quiebra el principio de la buena fe, indispensable para que los tratos puedan iniciarse y continuar con normalidad, se genera una responsabilidad precontractual que faculta al perjudicado a exigir una indemnización si produce daños. Indemnización que no viene determinada en nuestro ordenamiento jurídico, y por tanto, existen dudas sobre cuál es el criterio de imputación de dicha responsabilidad, tratándose a criterio de los tribunales de una responsabilidad por daños (SAP de Madrid 347/2013 de 7 de mayo 2013<sup>554</sup>).

---

<sup>553</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995). “El ámbito de la responsabilidad...”. Op. Cit. Págs. 747-788.

<sup>554</sup> SAP de Madrid 347/2013 de 7 de mayo 2013 (ROJ: SAP M 9843/2013; Id. Cendoj: 28079370122013100177). Recurso: 888/2011; Ponente: José María Torres Fernández de Sevilla. Fundamento de Derecho Décimo Tercero

“Pero como la fase preliminar es, de suyo, confusa, esa responsabilidad no cubre cualquier tipo de inversión o gasto que haya hecho uno de los interesados, sino que se requiere un título de imputación de esa responsabilidad para referirla, al contrario, criterio de imputación que, a falta de una regulación específica de esta materia en nuestro ordenamiento, no puede ser otro que el principio general de buena fe unido al que impide dañar injustificadamente a otro (arts. 7 y 1902 CC)”.

El hecho de iniciar o continuar las negociaciones sin voluntad de formalizar un contrato de franquicia (impidiendo la negociación con un tercero) o de continuar con tales negociaciones cuando hay certeza de que no se formalizará, son conductas que van en contra de la buena fe, y la parte que las realiza incurre en una responsabilidad precontractual, vulnerando con este actuar la *bona fides in contrahendo*. En este sentido, ALONSO PÉREZ <sup>555</sup> considera que “se traiciona entonces la buena fe como principio superior que preside la lealtad recíproca de quienes entran en relaciones sociales para llegar a una vinculación jurídica”.

La normativa sobre la responsabilidad en la fase precontractual, fundamentada en la quiebra del principio de la buena fe, la tenemos en los principios de derecho privado europeo e internacional, inspiradores de los modernos códigos civiles: en concreto, en los art. 2.1.15 Principios UNIDROIT, 2:301 *Principles of European Contract Law/PECL* y II-3:301 *Draft Common Frame of Reference/MCR/DCFR*, los cuales, como se puede observar son prácticamente idénticos.

#### 4. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual es una cuestión controvertida, dado que no se trata solamente de una cuestión conceptual, sino que tiene que ver además con un tema indemnizatorio, con la carga de prueba de la culpa o negligencia, del plazo de prescripción y de la competencia de los tribunales.

La falta de preceptos en nuestro ordenamiento jurídico, como los que se corresponden con los arts. 1337 y 1338 del Código Civil italiano y el hecho de la presencia del art. 1902 CC, hacen que la postura que adopta la mayor parte de nuestra doctrina, en relación con este tipo de responsabilidad generada en la fase precontractual, sea la defensa de una naturaleza extracontractual o por daños.

Por otro lado, la jurisprudencia nacional tradicionalmente no ha sido demasiado clarificadora en relación con la naturaleza jurídica de la responsabilidad *in contrahendo*,

---

<sup>555</sup> ALONSO PÉREZ, M. (1971). “La responsabilidad precontractual”. Op. Cit. Págs. 859-922..

si bien se observa una tendencia creciente a considerarla como extracontractual. Y en este sentido tenemos la STS 693/2011 de 15 de octubre nos ilustra de las distintas posiciones jurisprudenciales<sup>556</sup>.

Es complejo configurar la responsabilidad con una categoría única, dada la imprecisión de sus límites jurídicos. Así lo expresa CUADRADO PÉREZ<sup>557</sup>, al exponer que “la responsabilidad precontractual representa una institución con unos perfiles muy imprecisos, dado que en ella tienen encaje hipótesis diferentes, carentes de conexión entre ellas. De tal forma que, es una ardua labor, pretender ofrecer respuestas unívocas a los diversos supuestos”

#### 4.1 LA TESIS CONTRACTUALISTA

Como avanzábamos con anterioridad, según esta teoría doctrinal, este tipo de responsabilidad es de naturaleza contractual, siendo aplicable el plazo de prescripción de 5 años del art. 1964 CC y lo estipulado en los arts. 1106 y 1107 a efectos del cálculo de la cuantía indemnizatoria, y rige un principio de presunción *iuris tantum* de culpabilidad sobre el incumplidor de la obligación.

---

<sup>556</sup> STS 693/2011 de 15 de octubre (ROJ: 6635/2011; Cendoj: 28079110012011100665); Recurso: 1312/2008; Ponente: José Ramon Ferrándiz Gabriel; Fundamento de Derecho Cuarto:

“Por ello, cuando el participante en los tratos preliminares - en el caso enjuiciado se trataría de los previos a la celebración del negocio jurídico bilateral de adquisición de las nuevas participaciones, en ejecución del acuerdo social de ampliación del capital - los abandona o les pone fin con infracción de la buena fe, al haber creado en la otra parte una razonable confianza en la celebración del contrato, incurre en responsabilidad por el daño producido en adecuada relación de causalidad - sentencias de 26 de octubre de 1981 , 16 de mayo de 1988 y 19 de julio de 1994 -. 5 JURISPRUDENCIA Esa responsabilidad se lleva por algunos - entre ellos, la recurrente - al ámbito contractual y por otros al extracontractual o al de un " tertium genus ", como consecuencia de la extensión del deber de buena fe a los momentos preparatorios de la celebración de los contratos. La sentencia de 16 de mayo de 1988 destacó que " [...] una culpa in contrahendo [...] al faltar aquella relación contractual, se nos ofrece como aquiliana [...] "

<sup>557</sup> CUADRADO PÉREZ, C. (2014). La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (Parte II). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nro. 746, 2999-3047.



En Alemania IHERING<sup>558</sup>, fue el primer y más relevante autor en defender la tesis contractualista, señalando que el perjudicado en la fase precontractual, no siempre puede actuar por la *actio doli*, que tenía relación con una conducta engañosa, ni por la *actio legis Aquilae*, que implica un perjuicio a personas o cosas. En este mismo sentido le siguió el autor alemán HELDRICH o el italiano MENGONI.

Esta posición doctrinal parece querer superar los problemas que plantea la calificación de responsabilidad extracontractual, y en particular la aplicación del plazo de prescripción de un año previsto en el art. 1968 CC<sup>559</sup>.

Considerando además que el deber de actuar conforme a la buena fe implica un deber entre las partes, cuyo incumpliendo genera una responsabilidad análoga a la contractual, basada en la quiebra de la lealtad y confianza, como consecuencia del inicio de unas negociaciones. Responsabilidad derivada de una conducta dolosa, engañosa y desleal generadora de un daño durante la fase precontractual. Por otro lado, en la fase precontractual no existe obligación de contratar, ni aun en el potencial supuesto de responsabilidad precontractual.

Si se califica la responsabilidad como contractual, regirá la presunción *iuris tantum* de culpabilidad del deudor, consagrada en el art. 1183 CC<sup>560</sup>, mientras que la culpabilidad en principio debe ser probada si entendemos que estamos ante una responsabilidad extracontractual. Esta teoría doctrinal sostiene por tanto que se está ante una responsabilidad de carácter contractual, ya que surge del incumplimiento de una relación

---

<sup>558</sup> IHERING. (1861). *Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei mchtigen oder mcht zur Perfection gelangten Vertragen. Jahrbücher für die Dogmafick des heutigen rómischen und deutschen Privatechs*, 1-112. HELDRICH. (1924). *Das Vrschulden beim Vertragsabschluss im Klassischen rómischen Recht und m der späteren*. Leipzig: Rechtswicklung, Págs 40 y 57. Defendiendo la misma tesis el italiano MENCONI. (1956). *Sulla natura della responsabilità precontrattuale. Riv. Dir. comm. v. 54, 1-11, 364 y ss.*

<sup>559</sup> Art. 1968.2 CC, “Prescriben por el transcurso de un año: La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado.”

<sup>560</sup> Art. 1183 CC: “Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096”.

obligatoria (derivado del art. 1101 CC), como lo es la llevanza de relaciones precontractuales de acuerdo con la buena fe. De tal forma que el fundamento de la responsabilidad precontractual, cuando esta se concibe como contractual, lo encuentran en un quebrantamiento de una obligación legal derivada de la buena fe (art. 7.1 y 1258 CC) y, por tanto, no lo tiene en el principio de *alterum non laedere* que caracteriza a la responsabilidad extracontractual (art. Art. 1902 CC).

MEDINA ALCÓZ<sup>561</sup> manifiesta que “en coherencia con su formulación dogmática germana, la teoría contractualista ha sido la dominante en Alemania y, últimamente, ha sido acogida en Italia, dando un giro copernicano frente a lo que fue la postura generalizada inicialmente. Es, además, la tesis que ha incorporado legalmente el código civil alemán con la reforma introducida por la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, de 26 de noviembre de 2001, en su sección 311.2”.

El hecho de entablar negociaciones en el ámbito de la franquicia, en las que se presume el tener que invertir un periodo de tiempo largo, dada la complejidad de estas y lo que ambas partes tienen en juego, hace que pueda aparecer entre ellas un estado de recíproca confianza, que no debe ser frustrada, ya que ambas partes se deben un cierto grado de lealtad y honradez en los tratos. Atribuirle un carácter contractual a esta relación parece del todo excesivo, dado que hasta el momento no se ha producido ninguna vinculación de carácter contractual.

La jurisprudencia nacional nos ofrece alguna sentencia siguiendo un posicionamiento en la línea de una responsabilidad contractual, como la que nos ofrece la STS 289/2009 de 5 de mayo<sup>562</sup>.

---

<sup>561</sup> MEDINA ALCÓZ, M. (2005). “La ruptura injustificada de los tratos...”. Op. Cit. 78-106.

<sup>562</sup> STS 289/2009 de 5 de mayo (ROJ: STS 2386/2009; Id Cendoj: 28079110012009100292); Recurso: 786/2004; Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández; Fundamento de Derecho Quinto:

“El motivo debe desestimarse porque concurren todos los requisitos que exige el Código Civil y doctrina jurisprudencial para apreciar la existencia de dolo "in contrahendo", y, por consiguiente, resulta procedente la declaración de nulidad contractual”.

## 4.2 LA TESIS EXTRA CONTRACTUALISTA

La tesis extracontractualista constituye el posicionamiento mayoritario en la doctrina civilista y es también la que adoptamos en nuestro texto, y como es sabido, es aquella según la cual estaríamos ante un plazo de prescripción de un año.

Así, F. MENENDEZ PIDAL<sup>563</sup> en el ámbito del Derecho nacional, manifiesta que la responsabilidad *in contrahendo* es uno de los casos de responsabilidad objetiva fundamentado en el supuesto de que quien origina el riesgo en la fase contractual debe repararlo.

En nuestro ordenamiento jurídico no existen las limitaciones en el derecho de daños que incentivó la doctrina de la tesis contractualista de la culpa *in contrahendo* en Alemania, por lo que no hay ninguna necesidad de seguir dicho modelo, dado el carácter genérico del art. 1902 CC<sup>564</sup> de responsabilidad por daños.

Según la citada doctrina, los tratos preliminares en ciertos casos producen efectos jurídicos, porque hacen nacer obligaciones de carácter extracontractual, es decir, de naturaleza precontractual, siendo exigible indemnización solamente en aquellos en que esté realmente justificada, como sucede con los tratos mantenidos con una finalidad distinta a la de contratar. En este sentido, DIEZ-PICAZO<sup>565</sup> añade que “la teoría que justifica la responsabilidad precontractual como responsabilidad aquiliana no explica el entronque del supuesto con la idea de daño resarcible. La responsabilidad aquiliana presupone un acto antijurídico, que no puede encontrarse en el terreno en el que las personas se mueven con libertad. En otro sentido, puede decirse que el daño resarcible del art. 1902 CC tiene que ser un daño injusto, por constuir una injusta lesión de bienes o intereses que se encuetren legítimamente protegidos”.

---

<sup>563</sup> PIDAL, F. M. (1932). *Apéndice sobre Derecho español a la traducción de Hilsenrad, las obligaciones precontractuales*. Madrid: Gongora. Págs. 165 y ss.

<sup>564</sup> Art.1902 CC “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

<sup>565</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2007). “*Fundamentos del Derecho Civil...*”. Op. Cit. Pág. 319..

Algunos de los supuestos en que se generaría una responsabilidad como consecuencia de los tratos preliminares en el ámbito de la franquicia, serían:

- a- En caso de concierto de un contrato nulo, conociendo una parte de la existencia de una causa de nulidad y ocultándola a la otra de mala fe durante la fase precontractual.
- b- Conseguido un acuerdo verbal, se desiste de él antes de la conclusión del contrato. En este supuesto el desistimiento es lícito, si bien nace un deber resarcimiento por los daños originados, si ha habido mala fe en la ruptura y por el vínculo de confianza que se haya podido crear durante las negociaciones.
- c- En caso de negociaciones iniciadas o continuadas de mala fe, sin una intención seria de formalizar el contrato. Amparándose en el art. 1902 CC, al considerar que la mala fe es una agresión al ámbito de la libertad de las partes. Esta actuación puede ir precedida de una voluntad de conseguir información no para la conclusión del contrato, sino para usarla en beneficio propio o de un tercero. En definitiva, una voluntad de impedir el inicio o de obstruir si ya se han iniciado las negociaciones.
- d- Incumplimiento del deber de información, guarda, custodia y protección.

A su vez, CLARA ASÚA<sup>566</sup> distingue varios supuestos de responsabilidad precontractual: “la invalidez contractual, dentro de la cual se refiere a la anulabilidad, y a su vez, a la incapacidad, error, dolo, a la nulidad como falta de alguno de los elementos esenciales del contrato, incluida la forma cuando es un requisito esencial y finalmente a la interrupción de los tratos o negociaciones precontractuales”.

Así pues, la teoría extra contractualista, se fundamenta en el art. 1902 CC, dado que aún no existe vínculo contractual ni obligacional. Opinando los autores que la defienden que esta se origina por el abuso de derecho que se produce por iniciar, continuar o interrumpir de forma sorpresiva, unilateral y arbitraria unas negociaciones de mala fe. Ruptura que en principio está amparada por el derecho a abandonar las negociaciones, pero que este abandono puede producir un daño a la contraparte, el cual podrá ser reclamado por esta

---

<sup>566</sup> CLARA ASÚA, I. (1989). “*La culpa in contrahendo*”. Op. Cit. Págs. 260 y ss.

si en tal ruptura se vulneró el principio de la buena fe, en virtud de una responsabilidad precontractual aquiliana. Para que se de este tipo de responsabilidad, se exige la presencia de una actuación dolosa o culposa por parte del que causa el daño, conforme al principio de imputabilidad subjetiva del daño.

De este modo, la violación de los deberes precontractuales, que tienen su origen en la confianza generada entre las partes en virtud de los tratos negociales, implica la realización de una conducta antijurídica, causante de un daño que debe ser reparado en virtud del art. 1902 CC. A nuestro juicio, estamos ante un precepto con contenido aplicativo excesivamente amplio del ilícito civil que considera.

En nuestra doctrina, CARRASCO PARERA<sup>567</sup> señala “el art. 1902 CC no es suficiente para determinar la interpretación que permita averiguar cuando un daño precontractual es o no justo y por lo tanto compensable” y, a su vez, ARCOS VIEIRA<sup>568</sup> nos recuerda que durante más de un siglo y a tenor del art. 1214 CC, la carga de la prueba recaía en el perjudicado y fue a través de múltiples sentencias de Tribunal Supremo, que se fue implantando una general “inversión de la carga de la prueba o presunción *-iuris tantum-* de la culpa”, que no debe confundirse con una presunción de la responsabilidad que opera exclusivamente en algunos supuestos tasados por el legislador que no vienen al caso (ej. 1908 y 1910 del CC).

Por su parte la jurisprudencia nacional nos ilustra en alguna de sus sentencias con la calificación de responsabilidad extracontractual para estos incumplimientos en fase precontractual. En este sentido la STS 3673/1988, de 16 de mayo<sup>569</sup>.

---

<sup>567</sup> CARRASCO PERERA, A. (2005). Cartas de intenciones, protocolos, responsabilidad *in contrahendo* y obligatoriedad en los tratos en la jurisprudencia española. *Aranzadi Civil*, Nro. 21/2005, Pág. 14.

<sup>568</sup> ARCOS VIEIRA, M. L. (2018). La inversión de la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual: el fin de un principio. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, Págs. 130-131.

<sup>569</sup> STS 3673/1988, de 16 de mayo (Id Cendoj: 28079110011988100578); Ponente: Manuel Gonzalez Alegre Bernardo. Fundamento de Derecho Tercero:

“(…) todo ello sobradamente justificativo de la existencia por parte de los demandados de una culpa «*incontrahendo*» que al faltar aquella relación contractual se nos ofrecer como aquiliana

En Italia, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que la vulneración del principio de la buena fe es causa de responsabilidad extracontractual, siendo un exponente de dicha tesis FRAGALI y BARASSI<sup>570</sup>.

## **5. RUPTURA DE LOS TRATOS PRELIMNARES**

### **5.1 CONSIDERACIONES GENERALES**

El principio general de la buena fe implica que, al iniciar y continuar las negociaciones, debe existir una intención real de llegar a un acuerdo con la otra parte, que permita la formalización del contrato. En este sentido, el Catedrático de esta prestigiosa facultad, DEL POZO CARRASCOSA<sup>571</sup> señala que “el hecho de entablar una negociación no implica una obligación de contratar. Ahora bien, iniciar las negociaciones implica que debe existir una intención real de llegar a un acuerdo, con la otra parte para concluir el contrato”.

Ciertamente, se puede dar el supuesto relativo a que actuando de buena fe el franquiciado, en tanto que al inicio de los tratos preliminares posee escaso o nulo conocimiento sobre

---

puesto que no puede negársele al constituir una violación del principio «*neminem laedere*», que determina la responsabilidad de los demandados, y al no entenderlo así el Juzgador de instancia es claro infringió el artículo 1.902 aplicable de conformidad con los que son hechos probados de la recurrida sentencia determinando la estimación de este primer motivo del recurso, sin que sea necesario el examen de los demás”.

<sup>570</sup> FRAGALI. (1948). *Dei requisiti del contratto*. "Comm codice. civil. diretto da M. D'Amelio e E. Finzi. Libro delle Obligazioni". Firenze. Pág. 368. Barassi. (1948). *La Teoria Generale delle Obligazioni I. Struttura*, 2.a. Milano: Milano. Pág. 117.

<sup>571</sup> DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUÉR ALOY, A., & BOSCH CAPDEVILA, E. (2018). *Derecho civil de Cataluña. Op. Cit.*. Pág. 284.

el franquiciador y la franquicia -, y dada la especial trascendencia que para él va a significar la posibilidad de formalizar el contrato de franquicia, conforme avanzan las negociaciones, se replantee si continua o rompe las negociaciones y procede a iniciarlas con otro franquiciador. Cuestión distinta, sin duda, sería el caso de entablar unas negociaciones con el único interés no confesado de conseguir información del franquiciador y de su franquicia que, de otra forma resulte difícil de conseguir. Si bien, debemos tener en cuenta que, en muchas ocasiones, el motivo real del abandono de las negociaciones que justificaría la mala fe del franquiciado durante los tratos preliminares va a resultar de enorme complejidad probatoria.

Debemos hacer hincapié que el mero hecho de iniciar una negociación o tratos preliminares no conlleva una obligación de contratar, pero sí implica el reconocimiento de que en todo caso deberá existir una intención real de llegar a un acuerdo con la otra parte para formalizar el contrato.

El derecho a retirarse de una negociación se encuentra tutelado por el principio de autonomía negocial y por la protección de la libertad de contratar, pudiéndose manifestar de diferentes formas. Como, por ejemplo, cuando de forma sobrevenida aparecen factores que pasaron desapercibidos al principio de la negociación o en caso de decidir inclinarse por otras opciones, si no existió una cláusula de exclusividad entre ambas partes.

En resumen, de lo que se trata es de encontrar una ponderación entre el principio de confianza y el de autonomía de la voluntad.

Una parte de la doctrina también considera que el abandono injustificado de las negociaciones es contrario al principio de la buena fe. En este sentido, CUADRADO PÉREZ<sup>572</sup> manifiesta que “durante la fase de los tratos preliminares, las partes no están contratando ni existe un ánimo de contratar, pues al iniciarlos, no crean una vinculación jurídica. Por tal razón, debe reconocerse a las partes que intervienen, la misma la posibilidad de desistir y dar por cerradas unilateralmente las negociaciones. No obstante, lo anterior, esta facultad de desistimiento tiene un límite: el principio de buena fe que debe presidir la actuación precontractual de las partes”.

---

<sup>572</sup> CUADRADO PÉREZ, C. (2003). “Oferta, aceptación... “. Op. Cit. p. 56. Rangel Sánchez, L.F., “Estudio Legislativo y Jurisprudencial...”. Op. Cit. Pág. 240.”

Por otro lado, DÍEZ-PICAZO<sup>573</sup> sostiene que “si la buena fe debe presidir el periodo precontractual, es lógico preguntarse si la ruptura de unos tratos preliminares debe ser siempre fuente de responsabilidad, o si debe ser medida por el patrón de la buena fe y solo la que no se acomode a ella originará una responsabilidad. Nos referimos naturalmente a la obligación de resarcir los daños causados a la otra parte por la confianza que razonablemente tenía en que el contrato se concluiría, no por el contrato incumplido. En este caso el alcance del resarcimiento es mucho menor.”

Parecería sostenible que el motivo expuesto por las partes para desistir fuera suficiente para dar por cerradas las negociaciones, en cualquier momento de esta fase precontractual. Pero, no es intrascendente la causa de desistimiento, dado que existen unos límites a esta facultad y no son otros que los que marca el principio de la buena fe, por lo que se podría considerar contrario a este en los siguientes casos:

- a- Iniciar los trámites preliminares sin un interés o voluntad de concluirlos.
- b- Si existiendo tal voluntad, los continúan o prolongan, a sabiendas de que no se va a concluir el contrato.
- c- Si habiendo iniciado y continuado los tratos de buena fe y con ánimo de concluirlos, injustamente los abandonara.

Respecto de la justificación o no de este abandono, sería precisa una ponderación comparativa entre los intereses de las partes que intervienen, siendo motivo suficiente, por ejemplo, la aparición de ofertas de franquicias más beneficiosas o un alargamiento excesivo de las negociaciones.

El daño que se ha podido producir está focalizado en los gastos generados durante la negociación, por parte de aquel cuya confianza ha sido frustrada, a causa del que abandona durante los tratos preliminares. Por ejemplo: gastos de viajes, proyectos, estudios, etc. Cuando los gastos sean excesivos, con carácter general, se considerará que correrán a cargo de quien los ha realizado imprudentemente, a menos que hubiere

---

<sup>573</sup> DÍEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A. (2017). “*Sistema de Derecho Civil*”. *Op. Cit.* Pág. 58.



comunicado a la otra parte su intención. En este sentido, DIEZ-PICAZO<sup>574</sup>matiza que “no resultan resarcibles los gastos llamados “especulativos” o que representan un riesgo inherente a todo negocio, de tal modo que será necesario probar la conveniencia de los gastos en el ámbito de los tratos preliminares”.

En relación con las indemnizaciones previstas en caso de una responsabilidad precontractual, se puede distinguir entre interés positivo y negativo. El Tribunal Supremo considera que, en estos supuestos, la indemnización solamente puede referirse al interés negativo y, por tanto, que alcance al reembolso de los gastos incurridos, pudiendo incluir también el daño patrimonial sufrido. En este sentido, la STS nº330/2013 de 25 de junio 2013, remarca que “en ningún caso alcanza el llamado interés positivo o la pérdida de oportunidades”<sup>575</sup>.

Así, podemos concluir que, a lo largo de la negociación cada parte tratará de optimizar sus propios intereses que serán fundamentalmente económicos, por lo que dicha confianza, no puede servir a las partes como unos deberes fiduciarios de los intereses contractuales ajenos. Por lo tanto, consideramos legítimo el poder abandonar las negociaciones en cualquier momento, independientemente de si se ha creado una confianza o no y se esté al final de la negociación. Los intereses que hay en juego en la franquicia son muchos y para el franquiciado más, debido que él está exponiendo toda la inversión, lo que en muchos casos se traduce en todos sus ahorros, incluso con deuda bancaria incluida y si al final de la negociación, momento en el que se haya podido crear una confianza, entra en la certeza que no le conviene asumir el riesgo que le supone entrar

---

<sup>574</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2012). *Fundamentos de Derecho Civil...*” *Op. Cit.* Pág. 279.

<sup>575</sup> STS nº330/2013 de 25 de junio (ROJ: STS 3845/2014; Id. Cendoj: 28079110012014100462). Recurso: 3013/2012; Ponente: Sebastián Sastre Papiol. Fundamento de Derecho Séptimo: “La doctrina, en este tipo de convenciones ha distinguido entre el interés positivo y el interés negativo. En supuestos de responsabilidad extracontractual la indemnización alcanza el interés negativo que da lugar al reembolso de los gastos realizados, sin que ello suponga impedir que dentro del interés negativo se indemnice el daño patrimonial sufrido, debidamente probado. En ningún caso alcanza el llamado interés positivo o la pérdida de oportunidades, como el beneficio que podría obtener la parte perjudicada si se hubiese celebrado el contrato. Se trataría tan solo de colocar a la parte perjudicada en aquella situación en que se habría encontrado si la carta de intenciones no se hubiere suscrito”.

en la franquicia debería poder hacerlo sin ningún reproche jurídico, entre otras cosas porque no ha habido mala fe.

## 5.2 UNA CONFIANZA QUE SE HA DE TUTELAR

Durante la fase precontractual de la franquicia se mantienen conversaciones, se tienen reuniones, se hacen preguntas, se plantean intenciones, etc. En definitiva, conforme el tiempo avanza y, a través de un actuar serio y leal de la otra parte, lo habitual es que se vaya construyendo una confianza, considerada en un sentido objetivo, en que las negociaciones llegarán a buen fin y el contrato se firmará, pudiéndose considerar que esta se ha consolidado cuando las negociaciones se encuentran en estado avanzado. Siendo la confianza generada durante la fase precontractual la que tiene que servir como elemento clave para determinar si es justa o no dicha ruptura de negociaciones, por lo que mientras esta no exista no se podrá hablar de una ruptura injustificada de las negociaciones. Esta ecuación está intensamente arraigada en el ordenamiento jurídico alemán, dado su interés por la protección de las partes en la fase de formación del contrato. Así lo manifiesta SANCHEZ RANGEL<sup>576</sup> en los siguientes términos: “no podemos olvidar que la buena fe en la formación del contrato no obliga a continuar las negociaciones, salvo cuando se ha suscitado en la otra parte la confianza en su celebración. Si se defrauda esa confianza sin justa causa que lo justifique, nacería la necesidad de reparar el daño ocasionado”.

Es preciso hallar un equilibrio entre esta confianza tutelable y la autonomía de la voluntad de las partes, concretada en la decisión de una de ellas de abandonar las negociaciones durante la fase precontractual, cuestión nada fácil de precisar, máxime cuando se trata de motivos personales o subjetivos.

---

<sup>576</sup> RANGEL SÁNCHEZ, L.F., “Estudio Legislativo y Jurisprudencial...”. Op. Cit. Pág. 240. Así mismo, Cuadrado Pérez<sup>576</sup>, “esta es la solución que ofrece el Código Civile italiano, art. 1337, según el cual se entienden abandonados injustificadamente los tratos preliminares cuando el desarrollo de estos se ha originado una cierta confianza en la otra parte sobre la conclusión del contrato”

DÍEZ-PICAZO<sup>577</sup> cuando con su habitual maestría aborda la formación del contrato y, concretamente, la responsabilidad precontractual por la ruptura injustificada de las negociaciones, trata la cuestión de la confianza creada, manifestando que “esta confianza, que no debe consistir en una mera percepción subjetiva, sino que debe estar contrastada en criterios objetivos, puede surgir en un tiempo más o menos largo, de muy variadas formas: naturaleza y objeto del contrato, circunstancias de los intervinientes o contenido de los tratos (pe. amplitud de la información solicitada y/o facilitada), siendo primordial un avanzado estado de las negociaciones”.

Así mismo, en el contrato de franquicia, la buena fe, principio a preservar durante la fase de formación del contrato, no obliga a continuar las negociaciones del contrato, dada la inexistencia de una vinculación jurídica, excepto en el caso de que se haya generado en la otra parte la confianza de que el contrato se celebrará. Si se quebrara esta confianza, sin causa que lo justifique estaríamos ante la necesidad de reparar el daño causado, como así lo declara la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca nº1654/2017 de 29 de septiembre 2017<sup>578</sup>.

### **5.3 CASUÍSTICA DE LA RUPTURA DE TRATOS EN DERECHO COMPARADO**

En derecho comparado hay que concluir que, a diferencia de la normativa alemana, italiana o francesa, en la normativa inglesa no existe una regla especial de responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) si el contrato no llega a concluirse.

He estimado conveniente efectuar una aproximación al tratamiento que se hace en derecho comparado, en particular, en diferentes ordenamientos jurídicos de la Unión

---

<sup>577</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2012). “Fundamentos del Derecho Civil...” Op. Cit. Págs. 322-323

<sup>578</sup> SAP Palma de Mallorca nº270/2017 de 29 de septiembre (ROJ: SAP IB 1654/2017; Id. Cendoj: 07040370052017100260). Recurso: 243/2017. Ponente: Santiago Oliver Barceló. Fundamento de Derecho Segundo:

“Como regla general, la ruptura de los tratos preliminares no conlleva consecuencia alguna. Sin embargo, cuando dichos tratos preliminares han sido llevados a cabo por una de las partes sin observancia del principio general de buena fe, para después provocar injustificadamente la ruptura de los mismos, esta dará lugar a la denominada responsabilidad precontractual”.

Europea, sobre la responsabilidad precontractual en caso de ruptura injustificada de las negociaciones, a partir de la toma en consideración de tres casos diferentes:

- a- CASO1: la ruptura de las negociaciones acontece después de tres años de intensas negociaciones, en las que ambas partes han incurrido en importantes gastos y estas reconocen que no han llegado a un acuerdo en los puntos más relevantes del acuerdo, sin que A haya efectuado ninguna declaración a B de que estaba convencido de que llegarían a un acuerdo.
- b- CASO 2: la ruptura de las negociaciones se produce al poco tiempo de iniciar las negociaciones, pero después de que las partes han llegado a un acuerdo sobre los puntos más importantes del acuerdo y solamente quedan unos pequeños detalles por cerrar, sin que tampoco A haya manifestado a B que está convencido de que llegarán a un acuerdo final y B ya ha incurrido en gastos legales.
- c- CASO 3: la ruptura de las negociaciones se produce cuando las partes todavía no han llegado a un acuerdo sobre los puntos más importantes, pero A ha manifestado reiteradamente a B que está convencido de que llegarán a un acuerdo final y B ya ha incurrido en gastos legales.

## - GRAN BRETAÑA

En los tres casos aportados A no incurre en responsabilidad alguna, a no ser que B pueda demostrar que algunas de las declaraciones efectuadas por A las realizó de forma fraudulenta.

Caso 1: A no incurre en responsabilidad por la ruptura de las negociaciones en el momento que comunicó por primera vez su intención de abandonarlas. Por su parte, B no estará legitimada a reclamar una indemnización por daños, si las partes reconocen que no existe precontrato entre ambas y A no ha efectuado una declaración fraudulenta. La duración de las negociaciones y los motivos por los que A ha roto las negociaciones son hechos jurídicamente irrelevantes. Sin embargo, si A, un año antes de la ruptura, estaba en conocimiento de los motivos de dicha ruptura, los tribunales evaluarán si durante este periodo hizo alguna declaración de la que pueda extraerse que hubo una intención

fraudulenta. Si por sus palabras o por su conducta, A comunicó a B su intención de continuar las negociaciones hasta la conclusión del acuerdo cuando realmente ya había decidido que no lo haría, entonces puede haber existido una declaración fraudulenta.

Caso 2: no se diferencia del caso 1. No hay contrato a pesar de que las partes hayan llegado a un acuerdo sobre los puntos más importantes, dado que todavía quedan detalles por acordar. Y A no ha efectuado ninguna declaración de la que pueda surgir una reclamación por parte de B por los daños causados por una supuesta declaración fraudulenta. El hecho de que las negociaciones estén a punto de concluir y los motivos por los que A decide hacerlo, son irrelevantes a efectos de una posible reclamación por parte de B.

Caso 3: siendo A sincero en sus declaraciones, estaríamos en la misma situación que en el Caso 1. A no tiene responsabilidad a no ser que en el momento de hacer sus declaraciones fuera conocedor de que no se iba a llegar a un acuerdo final. El hecho de que A haya efectuado unas declaraciones porque cree firmemente que se llegará a un acuerdo final no constituye una promesa de continuar las negociaciones ni tampoco constituye un vínculo contractual. El único supuesto de responsabilidad estaría en el supuesto de que A mintiese cuando afirmó que estaba convencido de que se llegaría a un acuerdo final, supuesto en que se estaría ante una declaración fraudulenta, que facultaría B para exigir una reclamación por daños, por el perjuicio causado por el engaño. Sin embargo, en ausencia de prueba, B no tiene derecho a reclamar y la razón por la que A rompe la negociación es irrelevante. El fraude debe probarse por quien lo alega, y por lo tanto, los tribunales exigen que esté adecuadamente probado.

En los tres casos cabe resaltar la libertad de las partes para retirarse de las negociaciones, independientemente de sus motivos e independientemente de cuánto tiempo han estado las negociaciones en curso y la pérdida de oportunidades que el aplazamiento de las negociaciones pueda causar a la otra parte, siempre y cuando no se hagan declaraciones falsas, lo que podría motivar que la parte perjudicada instara una reclamación indemnizatoria por dicha declaración fraudulenta. En muchas transacciones comerciales es habitual que las partes se reserven expresamente el derecho a retirarse, al afirmar que sus negociaciones están "sujetas a contrato", es decir, que reconocen que no existe un acuerdo vinculante hasta que se celebre un contrato formal. Pero, aunque tal reserva expresa asiste a un tribunal para disipar cualquier duda sobre si las negociaciones habían

culminado en un acuerdo final, esta no es necesaria, siempre y cuando esté suficientemente claro para ambas partes que, no habiendo llegado a un acuerdo vinculante, cualquiera de ellas puede retirarse, incluso hasta el momento inmediatamente anterior a la finalización del contrato.

## - FRANCIA

En Francia las partes tienen libertad para poder romper unas negociaciones hasta el momento en que se ha alcanzado un acuerdo sobre todos los puntos del contrato, es decir, hasta que se ha formalizado el contrato y siempre que no se haya hecho de forma incorrecta. Para que B pueda solicitar una indemnización por daños, debe probar que A es responsable según los arts. 1382 y 1283 CCf y demostrar que existe una relación causal entre el daño sufrido y la conducta de A.

Para que A sea culpable, B debe demostrar que la ruptura ocurrió repentinamente mientras la conclusión del contrato parecía estar cerca. La culpa se evaluará tomando en consideración las concretas circunstancias de la ruptura.

Caso 1: Por un lado, dado que las negociaciones duraron tres años (un periodo largo), se podría llegar a pensar que la conducta fue negligente. No habiéndose alcanzado un acuerdo sobre los puntos más importantes del acuerdo, A nunca hizo una declaración a B de promesa de contrato y, como resultado de todo ello, A no debería ser considerado culpable por la ruptura de las negociaciones, dado que esta no es ilícita. Sin embargo, aunque sea improbable que dicha conducta se considere culposa, sigue siendo posible porque depende de la evaluación de los hechos por parte de los tribunales.

Si A tiene una justa causa para la ruptura, el juez determinará si la causa esgrimida le exonera de responsabilidad o no. Si A conocía el motivo de la ruptura un año antes de que esta se produjera, ninguna razón que se dé debería ser considerada legítima, con base en el quebrantamiento del principio de la buena fe. Entre las justas causas estaría: i. Si a A le surge una oferta más beneficiosa. Sin embargo, si no quiere vulnerar el principio de la buena fe, A debe informar a B de cualquier oferta que le surja antes de romper las negociaciones (art. 1134 CCf), dándole la oportunidad de realizar una contraoferta; ii. Por la dificultad de las negociaciones, cuando duren mucho tiempo sin un acuerdo sobre todos

los puntos principales; iii. Por la sobrevivencia de una crisis económica ajena a las partes, y porque se puede suponer que cada parte la podía haber previsto.; y iv. No sería un motivo aceptable argumentar razones de coste del acuerdo, ya que a la vista de la larga duración de las negociaciones se tuvo tiempo suficiente para dicha previsión.

Si se declara A responsable del quebrantamiento, B deberá probar el daño causado y la relación de causalidad entre este y el hecho de la ruptura, lo cual no le será difícil dada la larga duración de las negociaciones

Caso 2: las negociaciones se han llevado a cabo en un corto periodo de tiempo y habiéndose llegado a un acuerdo sobre los puntos más importantes de este, la operación en cuestión es lo suficientemente compleja para poder decir que, no llegando a un acuerdo sobre los puntos de menor importancia se puede provocar el fracaso de las negociaciones. Así, por tanto, la retirada de A no es en sí misma culposa, incluso si el acuerdo parecía ya cerrado, ya que, además, A nunca hizo creer a B que llegarían a un acuerdo. Sin embargo, si asumimos que el comportamiento de A fue culposo, este necesitará de una razón legítima para evitar incurrir en responsabilidad, al igual que en el Caso 1.

Caso 3: aunque las partes no han llegado a un acuerdo sobre los puntos principales, B creyó legítimamente que se llegaría a un acuerdo final, porque A hizo declaraciones reiteradas sobre el éxito de las negociaciones. Rompiendo las negociaciones unilateralmente, A no actuó consistentemente con sus declaraciones, vulnerando así el principio de la buena fe en las negociaciones. Dicha ruptura podrá ser declarada culpable por el juez si B puede probar el nexo de causalidad. Al igual que en los casos anteriores, A puede quedar exonerado de dicha responsabilidad si alega una razón legítima para dicha ruptura.

#### - ALEMANIA

Una parte es responsable en el ámbito de la culpa *in contrahendo*, si hacer creer a la contraparte que el contrato se firmará, y sin una buena razón o por motivos ocultos, decide romper de forma sobrevenida las negociaciones.

Caso 1: A no es responsable, dado que A no hizo creer a B que el contrato se concluiría de forma cierta, ya que las partes eran conocedoras de que todavía no se había llegado a un acuerdo sobre todos los puntos y A no hizo declaración alguna a B en el sentido de que estaba convencido de que se llegaría a un acuerdo final. De acuerdo con el principio de la libertad contractual, A puede terminar las negociaciones precontractuales sin tener que dar justificación alguna, siendo irrelevante si A lo justifica o no a través de los motivos i) a iv) del epígrafe referido a Francia. Sin embargo, si un año antes, conocía los motivos de la ruptura, A quebrantó el principio de la buena fe, de acuerdo con las secciones 280 y 311 núm. 1 BGB (culpa *in contrahendo*) y, si hubo un intento de causar daño dolosamente según la sección 826 BGB, deberá compensar a B por la ruptura de la confianza creada.

Caso 2: Aunque A y B hayan llegado a un acuerdo sobre la mayoría de los puntos importantes y solo unos pocos queden pendientes, el contrato todavía no se ha formalizado. Ni A ni B pueden ser culpables, siendo inaplicable la culpa *in contrahendo* por la ruptura de las negociaciones. A no comenzó ni continuó las negociaciones sin la intención de concluir el contrato, ni tampoco hizo creer a B que el contrato estaba listo para formalizarse, siendo jurídicamente irrelevantes las razones que dio para la ruptura del contrato. Si no existen razones objetivas (por ejemplo, que las negociaciones estén tan adelantadas como para que puedan cerrarse los puntos más importantes), la otra parte no podrá legítimamente asumir que el contrato está próximo a su conclusión. Llegados a este punto, la expresión de la otra parte de su convicción de que finalmente se alcanzará un acuerdo no es más que la mera confirmación de su oferta, su voluntad de celebrar un contrato.

Caso 3: A no es responsable por culpa *in contrahendo*, Si asumimos que B puede legítimamente confiar en las declaraciones de A, el elemento crítico está en si los motivos dados por este para la ruptura de las negociaciones estaban bien justificados o no.

## - ITALIA

Caso 1: dado que se trata de unas negociaciones largas en el tiempo y ambas partes han incurrido en gastos, parecería razonable que B hubiera adquirido una confianza en que el



contrato se concluiría. Por otro lado, las dos han manifestado que no han alcanzado un acuerdo sobre los puntos más importantes. Sobre una eventual responsabilidad precontractual de A, existen dudas acerca de si las declaraciones de las partes podrían excluir la confianza razonable de B y si A tenía una buena razón para interrumpir las negociaciones. La jurisprudencia italiana ha declarado que existe responsabilidad por la ruptura irrazonable de las negociaciones solo cuando "la cooperación de las partes" no dependía de una conducta excesivamente difícil o imposible. Por otro lado, basar la defensa en las razones internas de A le daría al juez la libertad de evaluar la razonabilidad de su justificación de incumplimiento. Sin embargo, el Tribunal Supremo italiano ha reconocido la libertad de las partes de guardar secreto sobre su situación económica durante las negociaciones (a no ser que la ley o el contrato prevea un deber de información, como sería el caso de la franquicia).

En cualquier caso, si B puede probar que A conocía los motivos un año antes de la ruptura, sería difícil para A evitar tener que asumir su responsabilidad, dado que su conducta es claramente contraria a la que exige el principio de la buena fe durante las negociaciones. En caso de una ruptura dolosa, el juez puede decidir si concede una indemnización por daños a B por todo el periodo de las negociaciones o solo por el periodo de la falta de declaraciones. Si es lo primero, es probable que el juez adopte una solución similar a la práctica del derecho consuetudinario de daños punitivos, pero no hay jurisprudencia al respecto.

Caso 2: se ha llegado u acuerdo en la mayoría de los puntos importantes. La norma a aplicar es el art. 1337 CCI sobre responsabilidad precontractual. Según la jurisprudencia de los últimos diez años, si se ha asignado una responsabilidad precontractual, se concede una indemnización por intereses negativos, por los daños sufridos, si no se proporciona una justificación razonable, por lo que en este caso B podría recuperar los gastos legales en que hubiera incurrido. Si A hubiera declarado que había informado a B sobre la posibilidad de concluir las negociaciones, no se le podría asignar responsabilidad alguna; dicha declaración es entendida por los mismos jueces como señal de mantener abiertas las negociaciones y no da lugar a la *culpa in contrahendo*.

Caso 3: en este caso parece difícil contemplar la posibilidad de una responsabilidad precontractual. En todos estos casos, es de resaltar que la duración de las negociaciones

no es un hecho relevante para determinar una responsabilidad precontractual por la ruptura de las negociaciones, así como su intensidad y conclusiones.

## - ESPAÑA

Como hemos visto anteriormente, en derecho español la ruptura de las negociaciones no implica por sí mismo un acto contrario a la buena fe, dado que el mero acto de negociar no implica ninguna obligación de concluir el contrato. La buena fe podría imponer el deber de justificar la ruptura de las negociaciones, incluso si no existe tal caso en la jurisprudencia española. Pero si hay una razón válida para la ruptura, parece razonable que cada parte asuma el coste de las negociaciones.

Caso 1: en este caso A negocia de buena fe, deseando concluir el contrato o al menos negociar para ver si el acuerdo podría ser posible y beneficioso. Solamente en circunstancias excepcionales podría A ser considerado responsable por haber quebrantado el principio de la buena fe exigible en las negociaciones. Si este quebrantamiento se produce, A podría verse obligado a compensar a B por los daños incurridos; siempre y cuando A conociera los motivos de la ruptura un año antes. Así pues, pueden haber estado negociando durante un periodo de tiempo con mala fe por parte de A, lo que implicaría un deber de indemnizar a B por los gastos incurridos durante este tiempo. La buena fe impone a las partes un deber de informar de aquellas circunstancias que pueden ser esenciales para la posible ruptura de las negociaciones.

Caso 2: aunque no hayan llegado a un acuerdo final sobre todos los puntos, parece que hay un acuerdo sobre los puntos esenciales. De acuerdo con nuestro derecho contractual (art. 1261 CC) y la jurisprudencia, puede haber un precontrato, en virtud del cual las partes convengan que pueden posponer la conclusión del contrato hasta llegar a un acuerdo completo sobre todos los puntos menores de dicho acuerdo. Si partimos de la premisa de la existencia de un precontrato, la ruptura de las negociaciones y como consecuencia la ruptura del precontrato, pueden dar lugar a una responsabilidad contractual (art. 1101 CC).

Caso 3: en este supuesto todavía no se ha llegado a un acuerdo sobre ningún punto. Por lo tanto, tenemos que examinar si A ha incurrido en algún tipo de responsabilidad. Si A

ha declarado que está convencido de que llegarán a un acuerdo final probablemente no pueda calificarse como una promesa vinculante, ya que se trata solamente de una expresión de optimismo que, es inherente a la realización de negociaciones de buena fe. En este sentido, creemos que es discutible el hecho de que, estar convencido de que se alcanzará un acuerdo exprese la promesa de no considerar ninguna oferta de terceros.

## 6. EL DEBER DE INFORMACIÓN

En el ámbito de la franquicia el deber de informar del franquiciador, que establece el art. 3 RD 201/2010, si no se cumple o se cumple incorrectamente tanto por acción como omisión y se hace de mala fe, va a viciar el consentimiento del franquiciado, lo que puede conllevar la nulidad contractual y una condena de indemnización por los daños y perjuicios causados<sup>579</sup>.

Si el vicio del consentimiento ha consistido en el error del franquiciado, para que genere una responsabilidad precontractual será necesario que recaiga sobre la sustancia de la cosa, sobre las condiciones de la misma o sobre la persona, debiendo tener una cierta entidad y esencialidad, de acuerdo con el art. 1266 CC, La doctrina de nuestro Tribunal Supremo ha establecido los siguientes requisitos para que el error sea invalidante: a) Tiene que ser de carácter esencial; b) No tiene que ser imputable a quien lo padece; c) No tiene que haberse podido evitar por la persona que lo sufrió empleando una diligencia media; y d) Que exista un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en la contratación.

---

<sup>579</sup> SAP de Barcelona nº502/2018 de 19 de noviembre (ROJ: SAP B 11513/2018; Id. Cendoj: 08019370192018100459); Recurso: 119/2017; Ponente: José Manuel Regadera Sáenz; Fundamento de Derecho Segundo:

“En este sentido la SAP de Asturias, Civil sección 7 del 13 de septiembre de 2018 (ROJ: SAP O 2702/2018 - ECLI:ES: APO:2018:2702): "... el incumplimiento de dicho deber de información precontractual, ya por pura omisión, ya porque la misma sea falsa o sesgada, puede dar lugar, no ya solo a la nulidad (ausencia de toda información, ex artículo 6.3 CC o a la anulabilidad (dolo o error, ex artículos 1266 y 1270.I CC ) y la consiguiente responsabilidad contractual en ambos casos...."

Si el vicio del consentimiento se produce por dolo, sea por acción o por omisión, nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo (p. ej. la Sentencia del TS 559/2001 de 3 de mayo) determina que para que origine una responsabilidad precontractual, además de haberse producido por un engaño provocado de forma maliciosa que indujo a la contraparte a contratar, tiene que ser de carácter grave.

## 6.1 CON CONTRATO INVÁLIDO

Tanto el código civil alemán como el italiano hacen referencia a la responsabilidad precontractual, en caso de que estemos ante un contrato inválido. Así el art. 1138 CCI establece que “La parte que, sabiendo o teniendo que saber de la existencia de una causa de invalidez del contrato, no lo ha notificado a la otra parte, debe compensar el daño sufrido por esta parte por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato”.

En la PMCC y en nuestro Código Civil no se hace mención a una hipotética obligación de resarcimiento cuando la causa de nulidad del contrato fue conocida o debió serlo por una de las partes. Si bien, en los textos internacionales que han inspirado dicha PMCC sí que se contempla este supuesto.

La PMCC no considera, pues, la obligación de resarcimiento cuando quién ha soportado el vicio del consentimiento decide anular el contrato. A pesar de ello, a nuestro juicio, podría acudir al art. 1245 PMCC, para poder complementar la declaración de nulidad del contrato con una condena de indemnización por daños y perjuicios. Si bien, dependerá de si la causa de la nulidad del contrato encaja o no en los supuestos descritos en dicho precepto, Y no nos deja de extrañar que la PMCC, que se inspiró en los principios y normas del *soft law*, no haya tomado en consideración la incorporación de este tipo de resarcimiento, presente en todos ellos.

Según la legislación vigente, y conforme a la jurisprudencia, es totalmente compatible pretender la declaración de nulidad del contrato y la condena al cobro de una indemnización con base en dicha causa de nulidad contractual; tanto si dicha anulación fue a causa de error como de dolo.

Así pues, mientras que la PMCC solamente contempla el efecto restitutorio, los principales instrumentos internacionales inspiradores de dicha norma, admiten además el efecto resarcitorio.

El art. 4:117.1 PECL determina que cuando el contrato es nulo por vicios del consentimiento, una de las partes puede exigir a la otra una indemnización por daños y perjuicios, siempre que la otra parte conociera o debiera haber conocido la causa de la invalidez. Este derecho de resarcimiento intentará situar al perjudicado en la situación más semejante posible a la que hubiera tenido si no se hubiese anulado el contrato. No existirá este deber indemnizatorio en el supuesto de que el perjudicado conociera o debió haber conocido la causa de la nulidad del contrato. En la misma línea, está el art. II-7:304 MCR que reconoce el deber de indemnizar por las pérdidas ocasionadas a la contraparte por la anulación de un contrato.

En el ámbito de la franquicia, y en relación con el deber de informar, puede darse el supuesto de dolo causal, incluyendo la reticencia dolosa, por lo que, si este produce un consentimiento viciado, puede conllevar la nulidad de pleno derecho del contrato, además del derecho a exigir una indemnización por los daños que tal maquinación originó al perjudicado, si bien nuestro Código Civil no considera tal posibilidad.

Para poder considerar estas maquinaciones de carácter doloso es necesario que se den unas determinadas condiciones: unas conversaciones preparatorias del contrato, una inducción al error como vulneración del deber precontractual y un daño patrimonial que no ha sido reparado por la anulación del contrato.

Para que exista un deber de indemnizar tiene que existir previamente una acción de anulación como consecuencia de un actuar dolosamente. Dos acciones diferentes y compatibles, con periodos de prescripción también distintos.

Si habiendo una parte provocado el error a la otra sin haber hecho nada para impedirlo, tal como exige el principio de la buena fe durante los tratos en la fase precontractual, el daño causado por dicha actuación le será imputable, debiendo indemnizar por los daños y perjuicios causados por la anulación del contrato. Al igual que sucede con la figura del dolo *in contrahendo*, la parte causante del error en el consentimiento incurre en una responsabilidad precontractual.

Se incurre también en responsabilidad precontractual cuando se conoce o se debería conocer que la prestación es imposible, debiéndose en tal caso indemnizar a la otra parte por el daño causado. Se trata de un supuesto de hecho previsto en la Sección 307 BGB, que establece que “quien al concluir un contrato que tiene por objeto una prestación imposible conocía o debía conocer la imposibilidad de la prestación, queda obligado a la indemnización del daño que la otra parte haya sufrido por haber confiado en la validez del contrato, sin que, no obstante, la reparación pueda superar el importe del interés que la otra parte tenga en la validez del contrato”. Así pues, para el cálculo de la indemnización prevista en dicho precepto, se acude al concepto de interés negativo, dado que, al devenir el objeto del contrato imposible será nulo de pleno derecho. Siendo lo determinante de dicha responsabilidad el conocer o el deber conocer la causa de la nulidad del contrato y no haber informado de ello a la contraparte.

## **6.2 CON CONTRATO VÁLIDO**

En el caso de que la parte perjudicada y con potestad para exigir la anulación del contrato no pueda o no quiera exigir su nulidad, por no haber sido suficiente el error o el dolo para exigir su anulación, parece justo que pueda acudir a los remedios resarcitorios. Sería el caso del error imputable a la otra parte o del dolo no invalidante, limitándose la víctima a solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados.

Planteamiento que ha sido asumido por nuestro ordenamiento jurídico (dolo incidental) y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En esta misma línea, está el art. 4:117(3) PECL, que determina que “la parte que, teniendo derecho a anular un contrato conforme a este capítulo, no lo ejerce o lo ha perdido en virtud de las disposiciones de los arts. 4:113 y 4:114 PECL (por transcurso del plazo de anulación o por confirmación), puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios, limitada a las pérdidas sufridas como consecuencia del error, dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta. Los mismos criterios se aplicarán para el cálculo de los daños cuando la parte hubiera actuado erróneamente en virtud de una información incorrecta en el sentido del art. 4:106 (información incorrecta, pero que no provoca error esencial que permita anular)”.

De la misma forma, el art. II-7:214(1) MCR contempla la facultad de reclamar el resarcimiento por los daños sufridos como consecuencia del error y del dolo, siempre que la otra parte conociese o pudiese razonablemente esperarse que conociera la causa de la nulidad, con independencia de si se anula o no el contrato. Por otra parte, este mismo precepto otorga el derecho a una indemnización por los perjuicios causados como consecuencia de una confianza generada por una información incorrecta, aunque no se tenga la facultad de anular el contrato.

Además, el art. 3.2.16 Principios UNIDROIT otorga también la facultad de exigir una indemnización por daños con independencia de que el contrato sea anulado o no, concretando que su cuantía será la adecuada para poner al perjudicado “en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato”. Contenido que, a nuestro entender, es excesivamente amplio que puede inducir a confusión, por lo que parece más adecuado lo establecido por el PECL y por el MCR.

## **7. EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD**

Dentro de este ámbito vidrioso y de dudoso encaje de la responsabilidad precontractual, tendríamos a los supuestos del incumplimiento de un deber de protección de la información, de los deberes de custodia y del deber de secreto de la información.

El deber de secreto o de confidencialidad de la información viene especialmente referido en el art. 4 del RD 201/2010. Si bien, dicho deber se declara como opcional por parte del franquiciador, pues el precepto referido declara que “podrá exigirlo”, sin hacer mención alguna al resarcimiento en caso de incumplimiento de tal deber. Tampoco se refiere el RD a qué tipo de información tiene carácter confidencial.

Debemos concluir que, no existiendo norma general ni especial, en el ámbito de la franquicia, resulta de aplicación lo establecido en los arts. 7 y 1902 del CC, surgiendo una potencial responsabilidad precontractual en el caso de que en este deber de confidencialidad de aquella información, considerada como secreta, se vulnere, mediante una conducta desleal que vaya contra el principio de la buena fe. En este sentido se ha

pronunciado la SAP de Badajoz 124/2018 de 18 de junio (ROJ: 641/2018; Id. Cendoj: 06083370032018100252).

## **8. REMEDIOS**

Como hemos podido observar, existe un amplio debate doctrinal sobre la naturaleza de la responsabilidad derivada de las negociaciones en la fase precontractual y en función de la posición que se adopte dependerá la respuesta a aspectos tan importantes como la prescripción y la cuantía indemnizatoria.

Aunque la jurisprudencia viene a considerar, en algunas sentencias, los tratos preliminares de los precontratos y los criterios para una posible reclamación por daños y perjuicios causados en esta fase precontractual, sus pronunciamientos sobre el contenido de los deberes contractuales y las consecuencias de su incumplimiento no siempre permiten extraer unos claros principios interpretativos.

El importe de la indemnización se corresponde con el daño emergente, o sea, los gastos y desembolsos llevados a cabo en vista a la ejecución del contrato proyectado, no incluyendo la pérdida de ofertas más favorables que en dicho tiempo hubiesen sido formuladas ni el equivalente de la prestación o lucro cesante, como sería el caso de aquellos gastos o inversiones (alquileres de locales, inversiones en maquinaria, compra de material de comunicación, etc.) realizados bajo la expectativa o confianza de concluir un futuro contrato, consecuencia de que la otra parte hubiera incitado tal conclusión o posibilidad.

No procede exigir indemnización por la pérdida de oportunidad de una condición más ventajosa ofrecida por un tercero, pues en este caso, hubiera estado justificada una ruptura de las negociaciones al existir un interés protegible de concluir el negocio con las condiciones más ventajosas posibles. Como tampoco dicha indemnización cubriría las ventajas que se hubieren obtenido de haberse celebrado el contrato.



Considerando el reconocimiento que nuestra jurisprudencia hace de la culpa *in contrahendo*, podemos observar que esta viene afirmando la posibilidad de obtener una indemnización por el incumplimiento de un pacto *in contrahendo*.

En operaciones complejas, como las de la franquicia, suelen darse con relativa frecuencia pactos de carácter vinculante entre las partes, de reparto de riesgos y costes generados durante la fase precontractual, para el supuesto de que las negociaciones fracasasen. De este modo, en los supuestos en que las negociaciones fracasasen, estos gastos, en principio, no serían reclamables a la otra parte. En cualquier caso, en este tipo de pactos de exclusión, no invalida el hecho de poder solicitar una indemnización por incumplimiento de un pacto preliminar que inste a una negociación de buena fe. Para algunos autores como SCHWARTH y SCOTT<sup>580</sup>, las partes son reticentes a incluir en sus acuerdos preliminares cláusulas de asignación de riesgos y costes para el caso de ruptura de negociaciones. Posibles motivos son “(i) la imposibilidad de probar este tipo de gastos; (ii) la posibilidad que un pacto de este tipo pudiera afectar a la relación entre las partes, e impedir, por tanto, la celebración de acuerdos eficientes; y (iii) por último, la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre dichos gastos, aunque fueran verificables.”

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tendido a ser restrictiva cuando se ha tratado de peticiones de indemnizaciones por la defraudación de la confianza creada durante la fase precontractual, existiendo precontrato, ya que, si la opción de compra no se ejecuta, esta no puede alegarse como fuente de responsabilidad precontractual. En este sentido, citamos, la STS nº40/2016 de 11 de febrero<sup>581</sup>, en la que condiciona la valoración de una

---

<sup>580</sup> SCHWARTH, A., Y SCOTT, R. E. (1987). *Precontractual Liability and Preliminary AgreePaments*. *Harward Law Review*, Vol. 120, Nro. 3, pp. 662-707.

<sup>581</sup> STS nº40/2016 de 11 de febrero (ROJ: STS 502/2016; Id. Cendoj: 28079110012016100058); Recurso: 1697/2013; Ponente; Francisco Javier Orduña Moreno; Fundamento de Derecho Segundo:

“En efecto, en la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones, aparte de la producción del daño y a su relación de causalidad, hay que atender, correlativamente, a la necesaria creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato proyectado y al carácter injustificado de la ruptura de las negociaciones (...).

“No habiéndose creado una razonable confianza en la conclusión del contrato, tras la extinción de la relación negocial por inejecución del derecho de opción, resulta innecesario entrar en la valoración del presupuesto correlativo atinente al carácter injustificado de la ruptura de las negociaciones (...).”

posible responsabilidad precontractual y su correspondiente indemnización compensatoria, al hecho de que se haya creado durante la fase precontractual una “razonable confianza”.

## CONCLUSIONES

### PRIMERA

La franquicia como modelo de distribución, tal como la conocemos en nuestros días, surgió por primera vez en el s. XIX en Estados Unidos de América en su modalidad de franquicia industrial, y en el mismo país a mediados del s. XX se creó y expandió la franquicia comercial, aunque con anterioridad ya habían aparecido distintos modelos con el nombre de franquicia y con algunos elementos de esta, en Europa y Japón. Pero fueron las empresas franquiciadoras norteamericanas las que crecieron a un gran ritmo, convirtiéndose muchas de ellas, en pocos años, en grandes multinacionales que expandieron su negocio en los diferentes continentes a través de implantaciones directas o de máster franquicias. Las indudables ventajas y sinergias que la franquicia supone para los franquiciadores hicieron que este modelo de distribución tuviera ya desde sus inicios un remarcable éxito empresarial.

No obstante, la capacidad de generar negocio por parte de los franquiciadores a través de la franquicia ha sido dispar en los diferentes países. Así, por ejemplo, en países como Estados Unidos o Canadá el sector de la franquicia representa casi el triple del PIB nacional que en los países de la Unión Europea. El motivo alegado por algunos autores de este constatable infradesarrollo de la franquicia en los Estados miembros de la Unión Europea se fundamenta en la falta de cobertura normativa del contrato de franquicia, lo que contribuye de forma decisiva a generar una inseguridad jurídica en el tráfico mercantil.

Debemos considerar que la opinión de dichos autores está excesivamente sesgada por un enfoque exclusivamente jurídico, ya que no tienen en cuenta que en los diferentes países de la UE conviven factores económicos y culturales tan diversos como las estructuras de los mercados, los hábitos de consumo, el poder adquisitivo de los consumidores, el coste de los medios publicitarios, los precios de los inmuebles, las estructuras menos profesionalizadas de las empresas, etc. Asimismo, debemos remarcar que, si bien es cierto que en la Unión Europea resulta constatable una insuficiente y heterogénea regulación, no es menos cierto también que en Estados Unidos existe una regulación sobre la fase

precontractual y contractual de la franquicia marcadamente heterogénea, al tener cada uno de los Estados la potestad para legislar de forma autónoma sobre esta actividad empresarial.

## SEGUNDA

Existen diferentes tipos de contratos de franquicia en función del criterio que se utilice, habiendo considerado en esta tesis los siguientes: i. Por la actividad desarrollada por el franquiciado: industriales, de servicios y comerciales ii. Por el número de franquicias: de un establecimiento, multi franquicias y máster franquicias. Destacando entre ellas las máster franquicias, ampliamente utilizadas en la expansión internacional de las empresas franquiciadoras, que por su relevancia, son mencionadas por un gran número de normas como el art.2 RD 201/2010, que se limita a dar una definición de estas, por la ley de la franquicia italiana *Legge 129/2004*, que considera que el alcance de la ley incluye los contratos de máster franquicia, por la ley de la franquicia norteamericana *Federal Trade Commission Rule* y por la Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia-UNIDROIT (2002). A nuestro entender, el ordenamiento jurídico nacional debería considerar dentro del marco de una regulación de la fase precontractual a este tipo de contratos mercantiles, regulando específicamente el deber de información, la responsabilidad precontractual y la casuística de la participación societaria por parte del franquiciador en el capital del máster franquiciado, que con tanta frecuencia se da en este tipo de contratos. La relación triangular que se produce entre franquiciador, máster franquiciado y sub franquiciado, añade una complejidad jurídica que requiere de un planteamiento normativo que la regule.

## TERCERA

A los efectos de poder disponer de la mayor y mejor información sobre la normativa existente relativa a la fase precontractual de la franquicia, que nos sirviera de inspiración para nuestras aportaciones doctrinales a esta tesis, hemos analizado el derecho comparado. En particular, hemos considerado algunos países del sistema del *civil law*, utilizando el criterio de mayor antigüedad y mayor presencia de la franquicia, lo que lleva

como consecuencia una mayor experiencia regulando y resolviendo conflictos por parte de sus tribunales. En el *civil law* de la Unión Europea, solamente Francia, España (art. 62 Ley Ordenación Comercio Minorista), Rumania y Suecia regulan un deber de información. Solamente Lituania tiene un deber de registro, mientras que Italia es el único país que la regula íntegramente ya que dispone de una regulación específica y que abarca tanto su fase precontractual como contractual, contenida en la Ley num.129, de 6 de mayo 2004, “*Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale*”, aunque con importantes carencias dada su parquedad. Francia dispone desde 2016 de un moderno derecho de obligaciones y contratos, aprobado por La Ordenanza 2016-131, de 10 de febrero, destacando en la misma la legalización de algunas soluciones jurisprudenciales, el abandono de ciertas figuras y la incorporación de otras, además de contar con algunas normas sobre el deber de información contenidas en su Código de Comercio, aplicables a la Franquicia (Ley Doubin). Y, finalmente, Alemania dispone de la Ley de Modernización del derecho de obligaciones, de 16 de noviembre de 2001 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), que supuso, entre otras novedades, la codificación de la figura de origen jurisprudencial de la culpa *in contrahendo* para dar solución a cuestiones de responsabilidad precontractual, siendo el principio de la buena fe la columna vertebral del derecho precontractual de la franquicia, estando presente en todo su ordenamiento jurídico y apareciendo de forma explícita en múltiples preceptos. En los países del *civil law*, a falta de una regulación suficiente sobre el contrato de franquicia, se acude a los principios y normas del código civil y del código de comercio respectivo, a los principios y normas del *soft law* de la contratación europea e internacional y a los códigos de ética de las respectivas asociaciones empresariales del sector, junto con el Código Deontológico Europeo de la Franquicia de la *European Franchise Federation* (1972). Si bien nuestra jurisprudencia destaca los efectos “no imperativos” del Código Deontológico de la Asociación Española de Franquiciadores. A nivel jurisprudencial, es de destacar el *Caso Pronuptia* (1986) que resolvió el Tribunal Europeo de Justicia de la CEE, que constituye la primera resolución sobre la materia de la CEE, refiriéndose a la franquicia, e influyendo decisivamente en dicho espacio territorial en el contenido de los posteriores reglamentos, en la doctrina y en la jurisprudencia.

#### CUARTA

Respecto del análisis del derecho comparado de los países del *common law*, también he tenido en cuenta el criterio de mayor antigüedad y mayor presencia de la franquicia. En primer lugar, he considerado el ordenamiento jurídico de EEUU, país creador de la franquicia y donde se encuentra la *Federal Trade Commission* (FTC), una organización gubernamental con capacidad para regular y supervisar el negocio de las franquicias en aras de proteger los consumidores y promover la competencia. Dicho organismo aprobó en 1978 la *FTC Franchise Rule* o Ley de la Franquicia, asimilando franquiciados a consumidores, con la finalidad de evitar el “fraude de franquicias” o las denominadas “franquicias vacías”, si bien cada Estado tiene autonomía para aplicar o no la ley federal y aprobar sus propias leyes. A través del conjunto de normas federales y estatales que regulan la franquicia, EEUU dispone en la actualidad de la regulación más exhaustiva sobre la fase precontractual de la franquicia. En particular, sobre la oferta y concesión/venta de franquicias y el deber de información, si bien su aplicación resulta muy dispar y heterogénea en función de cada Estado. Existe también un grupo de Estados que obligan al registro de los franquiciadores y a disponer del documento estándar de divulgación de la información de la franquicia y otros Estados que la regulan de forma integral. Y, en segundo lugar, he analizado el tratamiento de la franquicia en la Gran Bretaña, país que, junto con Francia, son los que tienen una mayor tradición en el sector de la franquicia en la Unión Europea. En este país no existe ningún tipo de regulación sobre la fase precontractual de la franquicia, ni se considera el principio de la buena fe, aunque en los últimos años, el tribunal supremo ha tomado en consideración dicho principio para un determinado tipo de contratos. Sin embargo, aunque no dispone de un derecho de obligaciones, existen extensos manuales y tratados sobre derecho de contratos, en los que se analiza la fase precontractual o de formación del contrato. Así pues, en EEUU encontramos una regulación muy completa y actualizada de la fase precontractual de la franquicia, la cual se viene aplicando desde hace muchos años en este importante sector de la economía norteamericana, habiendo inspirado otros ordenamientos jurídicos y un buen número de mis propuestas en esta tesis.

## QUINTA

Otra fuente normativa de un especial interés para nuestras aportaciones doctrinales a esta tesis, por la cantidad y profundidad de sus planteamientos jurídicos en relación con la

contratación, incluyendo la fase de formación del contrato ha sido, el denominado *soft law* contractual internacional y especialmente los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (UNIDROIT), la Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia (UNIDROIT), los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), el Marco Común de Referencia (DCFR), y el Proyecto Gandolfi o de Pavía sobre un Código Europeo de Contratos. Los mencionados cuerpos normativos nos ofrecen soluciones completas y avanzadas de la fase precontractual para el contrato de franquicia, especialmente en relación con el deber de información y la responsabilidad precontractual, constituyendo una importante referencia desde hace bastantes años para la modernización del derechos de obligaciones y contratos de los códigos de los respectivos países de la Unión Europea y como recurso normativo al que acuden los respectivos tribunales de dichos países.

## SEXTA

Consideramos relevante destacar que, el Consejo de Estado, las asociaciones empresariales del sector, algunos Ministerios e incluso la Comisión General de la Competencia, se han manifestado reiteradamente en favor de una regulación del contrato de franquicia y de su fase precontractual, si bien no existiendo plena coincidencia entre estos y discrepando de su alcance, ya que en algunos casos se han limitado a pedir una mejora y actualización de la normativa actual, siendo esta una posición a la que nos adherimos. Por otro lado, parte de la doctrina nacional aboga por no regular los contratos de distribución en general y los de franquicia en particular, alegando que continuamente se están generando nuevas figuras de distribución comercial y nuevas reglas aplicables a las distintas modalidades contractuales, así como la heterogeneidad de la actividad y de la estructura sectorial, por lo que puede suceder que, de promulgarse una ley específica, esta quede obsoleta al poco tiempo de ser promulgada. Discrepamos de este planteamiento, dado que las normas pueden y deben actualizarse y adaptarse a las nuevas realidades, como se hace con la *FTC Rule* de los EEUU.

Por otra parte, la falta de regulación de la fase precontractual en nuestro país es más aparente que real, dado que nuestro ordenamiento jurídico dispone de un deber de información específico para la franquicia en su art. 62 LOCM y en el RD 201/2010 que

lo desarrolla, además de las normas y principios del Código Civil, del Código de Comercio y del Código Civil Catalán. Debiendo considerar además incluido en su ámbito regulatorio la normativa existente sobre contratos afines al contrato de franquicia, como es la relativa a los contratos de compraventa y de agencia, así como la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. A pesar de dicha falta de regulación no se aprecian problemas relevantes en el momento de resolver las cuestiones conflictivas suscitadas y que requieren la intervención judicial en relación con la fase precontractual de la franquicia. A nuestro juicio, la regulación vigente es excesivamente limitada y, por ello, es aconsejable que nuestro legislador proceda a su ampliación y mejora, especialmente dada la necesidad de tutela legal de los franquiciados, con el objetivo de evitar el riesgo del conocido fraude de la franquicia, a la vez de que se contribuye a reducir la litigiosidad, y garantizando una mayor seguridad jurídica en el tráfico mercantil.

#### SÉPTIMA

En sede parlamentaria se encuentran dos importantes propuestas legislativas que de prosperar constituirán una relevante modernización y mejora en materia de obligaciones y contratos. Propuestas que, por su interesante contenido, han ilustrado nuestras sugerencias de *lege ferenda* de ampliación y mejora de nuestro derecho sustantivo que prevea una regulación más ambiciosa de la fase precontractual del contrato de franquicias. Y nos referimos concretamente al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (2018), que incluye una regulación del contrato de distribución y del contrato de franquicia, en tanto que modalidad del anterior, definiendo ambos contratos como contratos de colaboración, compartiendo la mayor parte de la normativa aplicable y añadiendo como novedad la inclusión de un deber de información para las “dos partes”, un “deber de confidencialidad” por la información recibida, los pactos de “exclusiva territorial” y la forma “escrita” del contrato. Siendo a nuestro entender, lamentable que dicha propuesta de cuerpo normativo se encuentre bloqueada en sede parlamentaria, dado que estando inspirada en el *soft law* de la contratación internacional y a falta de una modernización de nuestro derecho de obligaciones y contratos del Código Civil, incorpora una moderna y específica regulación de los contratos de distribución y de franquicia, que garantizarían una mayor seguridad en el tráfico mercantil de este importante sector. El nuevo Código está inspirado en la Convención de Naciones Unidas sobre la venta internacional de



mercaderías elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), acordada en Viena en 1980, en los Principios UNIDROIT y en los PECL. Y en segundo lugar nos referimos a la propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia (2009), que incluye los principios y enfoques más modernos de la contratación actual. Sin embargo, con posterioridad, la Asociación de Profesores de Derecho Civil elaboró su propia propuesta, ampliando y mejorando el texto inicial de la Comisión Codificadora (2016), tomando en consideración, además del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, los PECL, el DCFR y el Proyecto de Pavía. Respecto de esta importante propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, debemos destacar la existencia de veintiún preceptos sobre la fase de la formación del contrato y la regulación de los contratos de distribución que en el documento previo no existían. Importantísimos documentos que, si bien el legislador no ha tenido a bien proceder a su tramitación parlamentaria, sí que están siendo utilizados por los tribunales y que nos han servido en esta Tesis como fuente relevante a la hora de concretar mis aportaciones doctrinales para una futura ampliación y mejora del marco regulatorio de la franquicia en su fase precontractual.

## OCTAVA

El principio general de la buena fe se configura como una norma jurídica fundamental en la fase precontractual de la franquicia, dada su falta de regulación en nuestro ordenamiento jurídico, imponiendo un comportamiento concreto a las partes, referido tanto a sus derechos como deberes. Así las cosas, entre los deberes que surgen como consecuencia de la exigencia de la buena fe, cabe señalar: i. Un deber de veracidad en todo lo que dicen y en sus intenciones, absteniéndose en lo posible de expresiones confusas o de silencios; ii. Un deber de lealtad, comportándose de forma leal y honesta; iii. Un deber de información para que ambas partes puedan aportar un consentimiento debidamente informado; y iv. Un deber de confidencialidad sobre aquella información recibida que tenga el carácter de secreta o confidencial. La aplicación de este principio a los tratos preliminares de la franquicia es muy relevante, de forma indudable y unánime por gran parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, teniendo su fundamento en el art. 7 Código Civil y en el art. 111-7 Código Civil Catalán, en relación con los derechos

ejercitables en la etapa de preparación del contrato, así como en la aplicación analógica del art. 1258 Código Civil, visualizándose en los últimos años una tendencia en la Unión Europea a incorporarlo de forma manifiesta en los ordenamientos jurídicos de los diferentes países miembros. Nuestra doctrina jurisprudencial vincula la buena fe al comportamiento de las partes en la fase de formación del contrato de franquicia, incluida la responsabilidad precontractual. Dicho principio, juntamente con el de equidad, a nuestro entender deberían estar presentes en una futura ampliación y mejora de la normativa precontractual nacional, tal como ya se ha previsto en diferentes ordenamientos jurídicos de derecho comparado, en el *soft law* de la contratación internacional y en nuestra jurisprudencia nacional.

## NOVENA

En la doctrina civilista, está comúnmente aceptado señalar las “tres fases” en la vida del contrato: la preparación, la perfección y la consumación del contrato, que en la práctica se reducen a dos: la anterior a que tenga lugar la celebración del contrato y la posterior, siendo el contrato de franquicia el resultado final de un proceso de aproximación de planteamientos distintos que tienen las partes, en un determinado contexto de negociación. Los mencionados actos preparatorios pueden conllevar unas determinadas consecuencias jurídicas, por lo que estaríamos ante una responsabilidad precontractual por determinados comportamientos realizados en esta etapa, pudiendo afectar a la validez del contrato en el caso de que se llegara a formalizar. Dentro de estos actos preparatorios ocupa un lugar principal los tratos preliminares, a través de los cuales las partes realizan un conjunto de actividades, cuya culminación será la formalización del contrato. Nuestra doctrina jurisprudencial confirma la función interpretativa de los tratos preliminares y asume que la teoría de los tratos preliminares “tiene su origen en la doctrina germánica y que ha sido razonablemente asimilada por la española”, no teniendo eficacia obligacional alguna, a no ser que exista precontrato. La pluralidad y heterogeneidad de los diferentes actos preparatorios que pueden darse en esta etapa de formación del contrato de franquicia dificulta su tratamiento jurídico, como así lo demuestra el escaso desarrollo legislativo existente. Siendo relevante la aportación de la doctrina y de la jurisprudencia, que ha venido resolviendo con acreditada solvencia, los diferentes conflictos surgidos en dicha fase precontractual, acudiendo para ello a la normativa nacional, a la de la Unión Europea, al *soft law* de la contratación internacional, así como a la normativa vigente de los

contratos afines y al derecho comparado. La fase precontractual de la franquicia, al igual que sucede con los demás contratos, está presidida por el principio de la libertad de negociación, lo cual implica que cualquiera de las partes puede abandonar las negociaciones libremente, no pudiendo la otra parte obligarla a concluir el contrato objeto de tal negociación. Si bien debe tenerse en cuenta que esta libertad encuentra sus límites en el principio de la buena fe y en la lealtad con la que deben actuar los intervinientes. Siendo así, en la praxis esta libertad de negociación en el contrato de franquicia está condicionada por la habitual existencia de un fuerte interés económico del franquiciado en contratar con una empresa franquiciadora concreta que sea poseedora de una marca renombrada, presuponiendo que ha de darle una mayor seguridad y rentabilidad a la franquicia.

#### DÉCIMA

En los contratos de franquicia se observa, con bastante frecuencia en el tráfico mercantil, la presencia de importantes asimetrías de información y de poder entre las partes contratantes, por razón de su distinta dimensión económica. En este sentido, los franquiciadores suelen estar constituidos por grandes empresas multinacionales, mientras que los franquiciados suelen ser pequeños o medianos empresarios interesados en lograr, ante todo, llegar a firmar un contrato de franquicia con los franquiciadores, propietarios de la marca y del modelo de negocio al que aspiran. Asimetrías entre las partes intervinientes que tienen su reflejo en la conclusión de verdaderos contratos de adhesión; si bien en el momento de proceder a tal calificación por parte de los tribunales, la mayoría no llegan a atribuirles esta consideración por el hecho de no existir la figura del consumidor, coincidiendo, no obstante, en la necesidad de proceder a efectuar un control jurisdiccional de sus cláusulas para evitar la inclusión de condiciones generales abusivas. Dichas fuertes asimetrías existentes entre los intervinientes justifican nuestra propuesta de asimilar la condición de franquiciado a la de consumidor, de modo análogo a cómo se ha realizado en la regulación de la franquicia en EEUU, que prevé una forma eficiente de reducir estas asimetrías detectadas en la fase precontractual permitiendo a los franquiciados disponer de la tutela que actualmente disponen los consumidores en la UE, a los efectos de evitar el riesgo de abusos en el tráfico mercantil.

## UNDÉCIMA

La distinta dimensión económica y de poder entre las partes, que suele estar presente en la contratación de la franquicia tiene también su reflejo en la presencia de conductas abusivas como consecuencia de la habitual posición de dominio de los franquiciadores. Es por ello por lo que consideramos necesaria la incorporación de unos principios generales concretos a una normativa especial ampliada de la fase precontractual de la franquicia, que otorguen una mayor capacidad interpretativa a los tribunales. Nótese que una reciente resolución del Parlamento de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial de la UE de 20 de Septiembre 2018, insta a la Comisión a que tome medidas urgentes para la configuración de un entorno normativo uniforme en la UE sobre la franquicia en temas como: la necesidad de prever un deber de información para ambas partes del contrato, eliminar las cláusulas abusivas u otras prácticas comerciales desleales, el establecimiento de un principio de equidad y de otros principios que garanticen el cumplimiento de los derechos y obligaciones de las partes sobre la transparencia en el clausulado contractual. En este sentido, debe tenerse en cuenta el Código Deontológico Europeo de la Franquicia, en el que tiene una importante presencia el principio de la buena fe y de equidad. Así mismo, téngase en cuenta que el principio de buena de la fe tiene una intensa aplicación en nuestra jurisprudencia, en los códigos de ética sobre la franquicia de los diferentes países de la Unión Europea, en el derecho positivo de otros países como Alemania, Francia o Italia, y en las normas y principios del *soft law* de la contratación, como los PECL, los Principios UNIDROIT, el Proyecto de Pavía, La ley Modelo UNIDROIT y el DCFR. Proponemos la incorporación de los siguientes principios en una futura regulación específica sobre la fase precontractual de la franquicia: i. El principio general de la buena fe, que debería estar incorporado en preceptos concretos, al igual que han efectuado Italia, Alemania o Francia, como ordenamientos de referencia en la positivización del principio de buena fe; ii. El principio de no discriminación y no abuso de dependencia; iii. El principio de equidad; y iv. El principio de colaboración e interés común, mediante el cual las partes efectúan renuncias mutuas a su poder de decisión ante la existencia de un interés mutuo.

## DUODÉCIMA

El derogado Registro de Franquiciadores se encontraba regulado en el art. 62.2 de la LOCM, desarrollado reglamentariamente por el art. 8 RD 201/2010, el cual establecía un deber de registro y de comunicación de información de los franquiciadores. Siendo destacable mencionar que, no obstante ser pocos los países que disponen de un Registro de Franquiciadores como requisito previo para poder conceder franquicias, en EEUU, país donde más franquicias existen y que más años lleva regulándola a través de normas específicas, trece de sus Estados obligan a los franquiciadores a registrarse como requisito previo para poder vender franquicias, con un nivel de exigencia y garantías para los futuros franquiciados muy superior al de los países miembros de la UE. Por tanto, sin bien es discutible la existencia del Registro de Franquiciadores como forma de tutela de la parte débil del contrato de franquicia, por el hecho de que actualmente existen muchas fuentes de dónde obtener información de los franquiciadores, debe tenerse en cuenta que, en muchos casos, dichas fuentes no pueden garantizar el nivel de exactitud, veracidad y actualidad necesaria de la información suministrada, como debería hacerlo el mencionado Registro si hubiese funcionado con el nivel de eficiencia y eficacia que habría cabido razonablemente esperar del mismo. Y teniendo en cuenta, además, que todavía existe una elevada tasa de fraude en la oferta y venta de franquicias coincidimos con la opinión de la Asociación Española de Franquiciadores y, con parte de la doctrina, que son favorables a recuperar un Registro de Franquiciadores que imponga una obligación de registro para todos los franquiciadores que operan en el mercado español. De este modo, tal como decía el Preámbulo de la Ley 419/2006, dicho ente actuará como un “instrumento de información cualificada, veraz y actualizada del sistema”, con unas funciones bien definidas, bien organizado, dotado de unas normas claras de funcionamiento y acompañado de fuertes penalizaciones para el que las vulnere, con el objetivo de que pueda ser fuente de información de mayor credibilidad para los franquiciados, garantizando una mayor seguridad jurídica en el tráfico mercantil del sector de la franquicia.

## DECIMOTERCERA

La concesión o venta de franquicias (término utilizado por los países anglosajones) es la fase final de la fase precontractual. La oferta y concesión/venta de franquicias está regulada en nuestro ordenamiento jurídico por los art. 62 LOCM y los arts. 2 y 3 RD 201/2010, de forma muy limitada e inconcreta. Considerando la importancia de disponer de una exhaustiva regulación en todo lo que afecta al proceso de oferta y concesión/venta de franquicias, como un instrumento esencial para combatir con garantías de éxito el fenómeno del fraude de la franquicia, además de la creación de un registro de franquiciadores, se deberían tomar en consideración los acertados requisitos para franquiciar que establece la norma italiana *Legge 129/2004* sobre la franquicia, y especialmente la *FTC Rule* (Ley de la Franquicia) de EEUU. A nuestro juicio, este último constituye el mejor modelo regulador que existe en la actualidad, con el objetivo de contribuir a mejorar lo legislado a través de la:

- i. Creación de un documento oficial de información estándar de los franquiciadores aprobado por ley que incluya, como mínimo los datos de la empresa franquiciadora y de la franquicia, la inversión y los gastos aproximados para la puesta en marcha de la franquicia, información sobre las franquicias de la red, incluyendo antigüedad, altas, bajas y litigios de los últimos tres años, detalle del *know how*, de la asistencia técnica y formación sobre la política de precios de venta y de suministro de productos, de las condiciones económicas de la franquicia y el contrato de franquicia tipo;
- ii. Obligación de registro y actualización del documento estándar de divulgación de la información en el registro de franquiciadores;
- iii. Acreditar que se ha operado con éxito en un mínimo de 10 establecimientos propios;
- iv. Acreditación ante el registro de franquiciadores de tener debidamente registradas sus marcas y otros DPI de su modelo de negocio.
- v. Depósito ante el registro de los manuales operativos;
- vi. Determinación de unas penalizaciones por incumplimiento de tales obligaciones; y
- vi. Proporcionar a los futuros franquiciados un listado de preguntas que deben hacerse y una serie de recomendaciones antes de concluir un contrato, al estilo de la *American Association of Franchises and Dealers* (AAFD).

Por otro lado, en el mismo sentido que el art. 3.1 del Código Deontológico de la Franquicia, es también necesaria la regulación de la “publicidad de reclutamiento” que utilizan los franquiciadores para captar clientes, algunos de los cuales llevados por sus ansias de vender transmiten una comunicación engañosa, o ambigua en el mejor de los casos, que puede inducir al error del franquiciado, si bien siempre tenemos la posibilidad de recurrir al art. 3 de la Ley General de la Publicidad, en relación con la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.

## DECIMOCUARTA

La información precontractual constituye el deber más importante en la fase de formación del contrato, dado que, a través de ella, las partes conforman su consentimiento contractual. En nuestro derecho positivo este deber está regulado en el art. 62 LOCM y en el art. 3 del RD 201/2010, que establecen una lista tasada de información que el franquiciador debe suministrar al franquiciado, tratándose, por tanto, de un deber unilateral del franquiciado. Si bien el principio general de la buena fe resulta es extensible al deber de informar de ambas partes y no solamente del franquiciador, al igual que el principio de autorresponsabilidad que les exige procurarse aquella información que es accesible a un coste bajo, sin olvidar que si alguna de las partes es empresario tienen un deber de actuar con la diligencia debida esperada de un “ordenado empresario”, tal como lo estipula nuestro art. 225.1 RDL 1/2010 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y que nos recuerda con frecuencia nuestra doctrina jurisprudencial. Por la relevancia de dicho deber en EEUU, se regula a través de la *FTC Rule* la normativa más completa y garantista que existe actualmente, que constituye una referencia a considerar para mejorar nuestro ordenamiento jurídico, de la misma manera que también debemos considerar al contenido del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, la Propuesta de Modernización del Código Civil de la Asociación de profesores de Derecho Civil, la Ley Modelo UNIDROIT, el Código Civil francés y el Código Deontológico Europeo de la Franquicia. Teniendo en cuenta las aportaciones de las normativas mencionadas, consideramos oportuno proponer la siguiente modificación de nuestro deber de información en el marco del contrato de franquicia: i. Establecer un deber de información bilateral, tutelando a ambas partes y reforzado por una alusión expresa al principio de la buena fe; ii. Ampliar el plazo de anticipación en que debe entregarse la información, de 20 a 30 días; iii. Establecer una responsabilidad precontractual para el caso de incumplimiento del deber de información, contemplando un resarcimiento por daños; iv. Fijar un deber de informar sobre la incorporación de condiciones generales de la contratación en el futuro contrato; v. Prever una obligación específica consistente en que toda la información se tramite a través de un documento oficial estandarizado, al estilo del *Franchisor Disclosure Document (FDD)* de EEUU; vi. Posibilidad de utilizar un soporte digital o telemático para el envío de la documentación;

vii. Obligación de actualizar la información precontractual depositada en un registro o incluso la ya entregada, si la nueva información es relevante y puede afectar a la prestación del consentimiento; viii. Considerar la prohibición de prever cláusulas de exclusión de responsabilidad sobre el deber de información precontractual; y ix. Obligación de entrega del franquiciador de un contrato estándar de franquicia.

#### DECIMOQUINTA

El deber de entrega de la información precontractual que la contraparte requiera para disponer de un consentimiento informado para la celebración del contrato de franquicia podrá comportar que, desde la perspectiva de la parte que facilita esta información, pueda revestir el carácter de confidencial o secreta, por lo que es necesario que nuestro ordenamiento jurídico imponga un deber de confidencialidad de la parte que recibe la información confidencial. Aunque el art. 4 del RD 201/2010 se refiere a un “Deber de confidencialidad”, el desarrollo del precepto no recoge tal “deber”, ya que se limita a declarar que el franquiciador “podrá exigir” al potencial franquiciado dicho deber, ni tampoco prevé las consecuencias en caso de incumplimiento del mismo. Así pues, ante la ausencia de una regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico en el sentido señalado, debemos tomar en consideración las nuevas propuestas armonizadoras de *soft law* contractual como son el Marco Común de Referencia, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil y la Propuesta Modernizadora del Derecho de Obligaciones y Contratos de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Acorde con ello, y considerando el contenido de dicha normativa y, en aras de proteger a la parte que proporciona información sensible o secreta, proponemos que se regule en nuestro sistema los siguientes extremos: i. Establecimiento de un deber de confidencialidad de carácter bilateral; ii. Dicha información confidencial no podrá ser revelada a terceros en favor de quien la recibió; iii. Facultad de solicitar una orden judicial para impedir tal incumplimiento cuando la parte que la facilitó tiene evidencias suficientes de que la contraparte va a revelarla a un tercero; iv. La parte que facilite la información tiene que manifestar expresamente el carácter confidencial o secreto de la misma; y v. Para el caso de incumplimiento de este deber de confidencialidad se debe prever una compensación por los daños causados a cargo de la parte incumplidora, además del deber de abonar el equivalente al beneficio obtenido por el incumplimiento.



## DECIMOSEXTA

La parte sujeta a un deber de información puede transmitir información parcial, falsa o simplemente omitirla, provocando un vicio del consentimiento en el otro contratante, por error o por dolo, pudiendo llegar a ser nulo de pleno derecho el contrato firmado. Por otro lado, nuestra doctrina jurisprudencial ha tratado ampliamente los vicios del consentimiento como causa invalidante de los contratos, los remedios y la teoría de la excusabilidad. Prácticamente todas las propuestas armonizadoras, los PECL, los Principios UNIDROIT, el DCFR, el Anteproyecto de ley de Código Mercantil y las Propuestas de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, contemplan una regulación más avanzada sobre los efectos nocivos de una mala o nula información precontractual en la prestación del consentimiento contractual. De dichas propuestas, la que considero más acertada es la prevista en los arts. 527-1 al 527-15 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, en tanto que mejora, con matices, la de la Comisión General de Codificación e incluye conceptos jurídicos que la jurisprudencia utiliza con asiduidad, aunque no contemplados en nuestra normativa. A nuestro juicio, se debería positivizar dicha propuesta normativa en los siguientes extremos: i. Aplicar el principio de conservación del contrato, con base en considerar la nulidad parcial de este, consecuencia de los vicios en el consentimiento; ii. Considerar el concepto de ventaja injusta como causa de anulabilidad del contrato; iii. Considerar el concepto de esencialidad y razonabilidad del error; iv. Considerar el concepto de relevancia del error. v. Considerar el concepto de excusabilidad del error; vi. Considerar el concepto de dolo omisivo como causa de anulabilidad; vii. Considerar los vicios causados por terceros como causa de anulabilidad; viii. Considerar la posibilidad de enervar la anulación del contrato por parte del que provocó el error si acepta las modificaciones de la parte que lo sufrió; y ix. Reducir el plazo de prescripción de la acción de anulabilidad de los contratos de 4 a 3 años.

## DECIMOSÉPTIMA

Los tratos preliminares en el marco del contrato de franquicia si bien no generan ninguna vinculación contractual entre los intervinientes, determinadas conductas pueden conllevar efectos jurídicos consistentes en incurrir en responsabilidad precontractual. No existe un criterio claro sobre la su naturaleza jurídica de esta responsabilidad en los tribunales, siendo calificada en ocasiones como responsabilidad contractual y en otras como extracontractual. El origen de la responsabilidad precontractual, también conocida como culpa *in contrahendo*, lo encontramos en la Alemania de finales del siglo diecinueve, siendo Ihering el autor que habló por primera vez sobre la materia, considerándola imputable a aquella parte que, durante la formación del contrato actúa de mala fe, estando el perjudicado facultado para exigir un resarcimiento, calificando dicha responsabilidad de naturaleza contractual. Nuestro ordenamiento jurídico vigente no contempla este tipo de responsabilidad precontractual, motivo por el que nuestra doctrina jurisprudencial viene resolviendo este vacío normativo mediante aplicación de los arts. 7 y 1902 del Código Civil, con base en el concepto de la culpa *in contrahendo* y, estableciendo los siguientes requisitos para que se dé este tipo de responsabilidad: a) la suposición de una razonable situación de confianza respecto a la plasmación del contrato; b) el carácter injustificado de la ruptura de los tratos; c) la efectividad de un resultado dañoso para una de las partes; y d) la relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada. Conforme al contenido los textos normativos de derecho contractual moderno europeo e internacional y a las propuestas de *lege ferenda* existentes sobre la materia, sería recomendable que se regulara en nuestro derecho una causa de responsabilidad precontractual, consistente en el sujeto que vulnerando el principio de la buena fe: i. Inicie, continúe o interrumpa unas negociaciones, sin causa justificada, habiéndose creado una confianza razonable en la conclusión del contrato y habiéndose producido un daño a la contraparte; ii. Incumpla del deber de información, tanto por acción como por omisión, viciando el consentimiento del franquiciado por error o por dolo; iii. Incumpla el deber de conservar con la diligencia o cuidado propios de una persona razonable los bienes que alguna de las partes haya aceptado recibir para su valoración o examen, a fin de permitir su eventual restitución; y iv. Vulnere el deber de confidencialidad. Por lo que respecta al derecho de resarcimiento del perjudicado por estos comportamientos antijurídicos, se debería contemplar: i. Con carácter general, una compensación por daños, con la obligación de dejar a la parte perjudicada en la misma situación en la que estaría en caso de no haber entrado en las negociaciones; ii. En el caso de iniciar o

continuar negociaciones sin intención de concluir el contrato, la indemnización puede incrementarse con la cantidad equivalente a la pérdida sufrida, a consecuencia de no haber podido celebrar otros contratos; y iii. Que, en el supuesto referido a la ruptura del deber de confidencialidad, además de la indemnización, pueda pedirse la restitución o compensación del beneficio que haya obtenido el infractor por utilizar la información reservada.

## DECIMOCTAVA

Respecto de la función tuitiva de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las partes del contrato de franquicia en su fase precontractual, debemos tener en consideración que ambas asumen importantes riesgos con la contratación de la franquicia. Si bien, es cierto que en la mayoría de los casos el franquiciado es la parte débil de una relación donde existen evidentes asimetrías informativas y de poder, consideramos que ambas partes son merecedoras de tutela legislativa y judicial. La legislación nacional que regula el deber de información en el art. 62 de la LOCM y en el art. 3 del RD 201/2010 tutela únicamente la posición jurídica del franquiciado, obligando al franquiciador a entregarle una determinada información durante la fase precontractual. No obstante, cabe reconocer la impronta tuitiva del principio general de la buena fe que está presente en toda la fase precontractual. Asimismo, según nuestra jurisprudencia, y en concreto en la STS 553/2019 de 22 de octubre, “cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible”. En algunos países de la Unión Europea, Italia - a través de La Ley de franquicias - y Francia - a través del Código de Comercio - regulan un deber de información bilateral, mientras que Alemania, Francia o Bélgica, no solo se considera al franquiciado como la parte débil, sino que se les aplica analógicamente normas relativas a derecho de consumo o derecho del trabajo para conseguir tal fin. Los principios y normas armonizadoras del *soft law* contractual europeo e internacional y los Principios UNIDROIT, el DCFR, los PECL y el Proyecto de Pavía, contemplan también una bilateralidad en el deber de información, obligando a ambas partes a cumplir un deber de información, como también lo hacen nuestros proyectos de modernización del derecho contractual nacional (Anteproyecto de Ley de Código Mercantil y la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Asociación

de Profesores de Derecho Civil). Además, en nuestro ordenamiento jurídico el principio general de la buena fe abarca todas las actuaciones de las partes en la fase precontractual, estando sometidas también al principio de autorresponsabilidad, en virtud del cual las partes son responsables de obtener aquella información que le es accesible por el hecho de la diligencia debida a un ordenado empresario del art. 225.1 RDL 1/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Dados los importantes riesgos a los que ambas partes se exponen este tipo de contratación, consideramos necesario la incorporación en nuestro cuerpo normativo de un deber explícito y específico de información bilateral en la fase precontractual del contrato de franquicia.

# RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES

## A- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS 0/1996 de 27 de septiembre (ROJ: STS 5101/1996; Id. Cendoj: 28079110011996101791); Recurso: 3545/1992; Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; Fundamento de Derecho Primero.

STS 754/2005 de 21 de octubre (ROJ STS 6410/2005; Id Cendoj: 28079110012005100801). Recurso: 555/1999; Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández; Fundamento de Derecho Segundo.

STS 697/2010 de 5 de noviembre (Id. Cendoj: 28079110012010100683); Recurso: 428/2006; Ponente: Juan Antonio Xiol Rios; Fundamento de Derecho Segundo.

STS 145/2009 de 9 de marzo (ROJ: STS 1129/2009; Id. Cendoj: 28079110012009100151); Recurso: Recurso 2266/2003; Ponente: Encarnación Roca Trías; Fundamento de Derecho Tercero.

STS 532/2012, de 30 de Julio: (ROJ: STS 6079/2012; Id. Cendoj: 28079110012012100521). Recurso: 1495/2009; Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Fundamento de Derecho Primero.

STS 310/1985 de 15 de mayo, (ROJ: 1918/1985; Id. Cendoj: 28079110011985100717); Recurso de Casación; Ponente: Jaime Castro García. Fundamento de Derecho Segundo.

STS 1248/2000, de 19 de febrero (ROJ: STS 1248/2000; Id Cendoj: 28079130022000100673); recurso 3144/1995; Ponente Pascual Sala Sánchez. Fundamento de Derecho Cuarto.

STS 610/2012 de 22 de octubre (ROJ: STS 7805/2012; Id. Cendoj : 28079110012012100685); Recurso: 1680/2009; Ponente: Ignacio Sancho Gargallo; Fundamentos de Derecho Quinto.

STS 681/2018 de 4 de diciembre (ROJ : STS 4130/2018; Id. Cendoj: 28079110012018100672), Recurso: 1309/2016; Ponente: Antonio Salas Carceller. Fundamento de Derecho Primero.

STS 185/2013 de 7 de marzo (ROJ: STS 1716/2013; Id. Cendoj: 28079110012013100183); Recurso: 645/2011; Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos; Fundamento de Derecho Cuarto.

STS 1084/98 de 13 de noviembre (ROJ: STS 6721/1998; Id. Cendoj: 28079110011998101792); Recurso: 2884/1997; Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz; Fundamento de Derecho Primero.

STS 493/2000, de 28 de enero (ROJ: STS 493/2000; Id. Cendoj: 28079110012000101722); Recurso: 1299/1995; Ponente: Pedro González Poveda.

STS 762/2012, de 14 de diciembre (ROJ : STS 8304/2012 ; Id. Cendoj: 28079110012012100728) Recurso: 1026/2010. Ponente: Antonio Salas Carceller.

STS 788/2005 de 13 de octubre (ROJ: STS 6126/2005; Id. Cendoj: 28079110012005100775). Recurso: 428/1999. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Fundamento de Derecho Tercero.

STS 438/2018 de 11 de julio (ROJ: STS 2678/2018; Id. Cendoj: 28079110012018100429); Recurso: 2343/2015; Ponente: Rafael Saraza Jimena; Antecedente de Hecho Tercero y Fundamento de Derecho Undécimo.

STS 567/2009, de 30 de julio (ROJ: STS 5933/2009; Id. Cendoj: 28079110012009100605). Recurso: 72/2005; Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández. Fundamento de Derecho Primero.

STS 330/2013 de 25 de junio (ROJ: STS 3845/2014; Id. Cendoj: 28079110012014100462); Recurso: 3013/2012; Ponente: Sebastián Sastre Papiol; Fundamento de Derecho séptimo.

STS 444/2009, de 15 de junio (ROJ: STS 3874/2009; Id. Cendoj: 28079110012009100437). Recurso: 1623/2004. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz. Fundamento de Derecho Tercero.

STS 527/1999 de 14 de junio (ROJ: STS 4182/1999; Id. Cendoj: 28079110011999102291). Recurso: 3396/1994; Ponente: Román García Valera. Fundamento de Derecho Segundo.

STS 325/2017 de 24 de mayo (ROJ: STS 2029/2017; Id. Cendoj: 28079110012017100313). Recurso: 580/2015. Ponente: Antonio Salas Carceller. Fundamento de Derecho Sexto.

STS 395/2000 de 11 de abril (ROJ: STS 3063/2000; Id. Cendoj: 28079110012000101541); Recurso: 419/1999; Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz; Fundamento de Derecho Segundo.

STS 1091/1999 de 16 de diciembre (ROJ : STS 8109/1999 ; Id. Cendoj: 28079110011999101325); Recurso: 147/1995; Ponente: Ignacio Sierra Goil de la Cuesta. Fundamento de Derecho Primero.

STS 383/2009 de 8 de junio (ROJ: STS 3877/2009; Id. Cendoj: 28079110012009100440); Recurso: 2702/2004; Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández. Fundamento de Derecho Segundo.

STS 798/2007 de 11 de julio (ROJ: STS 5021/2007; Id. Cendoj: 28079110012007100831); Recurso: 2993/2000; Ponente: Francisco Marín Castán; Fundamento de Derecho Segundo.

STS 609/2014 de 11 de noviembre (ROJ: STS 5407/2014; Id. Cendoj: 228079110012014100683); Recurso: 685/2012; Ponente: Sebastián Sastre Papiol; Fundamento de Derecho Quinto.

STS 413/2006 de 25 de abril (ROJ: STS 2606/2006; Id. Cendoj: 28079110012006100429). Recurso: 3082/1999. Ponente: Vicente Luis Montes Penadés. Fundamento de Derecho Tercero.

STS 1279/2006 de 11 de diciembre (ROJ: STS 7809/2006; Id. Cendoj: 28079110012006101314). Recurso: 239/2000. Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández. Fundamento de Derecho Tercero.

STS 910/1996 de 12 de noviembre (ROJ: STS 6273/1996; Id. Cendoj: 28079110011996102355). Recurso: 1627/1993; Ponente: Francisco Morales Morales. Fundamento de Derecho Tercero.

STS 67/1998 de 16 de febrero (ROJ: STS 766/1998; Id. Cendoj: 28079110011998101887). Recurso: 11/1994; Ponente: Pedro González Poveda. Fundamento de Derecho Quinto.

STS 745/2002 de 12 de julio (ROJ: STS 5231/2002; Id. Cendoj: 28079110012002102381); Recurso: 324/1997; Ponente: Antonio Romero Lorenzo. Fundamento de Derecho Quinto.

STS 1086/1998 de 27 de noviembre (ROJ: STS 7087/1998; Id. Cendoj: 28079110011998101836). Recurso: 1257/1994; Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Fundamento de Derecho Primero.

STS 559/2001 de 3 de mayo (ROJ: STS 4568/2001; Id. Cendoj: 28079110012001102030). Recurso: 1407/1996; Ponente: José de Asís Garrote. Fundamento de Derecho Tercero.

STS 6808/1989 de 28 de noviembre (ROJ : STS 6808/1989; Id. Cendoj: 28079110011989100742). Ponente: Pedro González Poveda. Fundamento de Derecho Cuarto.

STS 193/1992 de 5 de marzo (ROJ: STS 1835/1992; Id. Cendoj: 28079110011992103859) Ponente: Francisco Morales Morales; Fundamentos de Derecho Séptimo.

STS 756/1996 de 28 de septiembre (ROJ: STS 5105/1996; Id. Cendoj: 28079110011996101691). Recurso: 3954/1992; Ponente: Pedro González Poveda. Fundamento de Derecho Quinto.

STS 263/2009 DE 24 de abril 2009 (ROJ: 3275/2009; Id. Cendoj: 28079110012009100358), Recurso: 1562/2004; Ponente: Vicente Luis Montes Penadés; Fundamento de Derecho Tercero.

STS 547/2015 de 20 de octubre (ROJ: STS 4338/2015; Id. Cendoj: 28079110012015100568); Recurso: 621/2012; Ponente: Ignacio Sancho Gargallo; Fundamento de Derecho Tercero.

STS 40/2016 de 11 de febrero (ROJ: STS 502/2016; Id. Cendoj: 28079110012016100058); Recurso: 1697/2013; Ponente; Francisco Javier Orduña Moreno; Fundamento de Derecho Segundo.

STS 6481/2013 de 19 de diciembre (ROJ: 6481/2013; Id. Cendoj: 28079130072013100499); Recurso: 1240/2012; Ponente: Antonio Maurandi Guillen; Fundamento de Derecho Sexto.

STS 60/2018 de 30 de enero (ROJ: STS 222/2008; Id. Cendoj: 28079110012008100051); Recurso: 4903/2000; Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz; Fundamento de Derecho Segundo.



STS 516/1998 de 3 de junio (ROJ: STS 3626/1998; Id Cendoj: 28079110011998102336); Recurso: 881/1994; Ponente: Antonio Gullón Ballesteros; Fundamento de Derecho Segundo.

STS 532/2012 de 30 e julio (ROJ: STS 6079/2012; Id. Id Cendoj: 28079110012012100521); Recurso: 1495/2009; Ponente: Rafael Gimeno Bayón Cobos; Fundamento de Derecho Primero.

STS 161/2012 de 21 de marzo (ROJ: STS 4176/2012; Id. Cendoj: 28079110012012100359); Recurso: 473/2009; Ponente: Rafael Gimeno Bayón Cobos; Fundamento de derecho Cuarto.

STS 693/2011 de 15 de octubre (ROJ: 6635/2011; Cendoj: 28079110012011100665); Recurso: 1312/2008; Ponente: José Ramon Ferrándiz Gabriel; Fundamento de Derecho Cuarto.

STS 289/2009 de 5 de mayo (ROJ: STS 2386/2009; Id Cendoj: 28079110012009100292); Recurso: 786/2004; Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández; Fundamento de Derecho Quinto.

STS 3673/1988, de 16 de mayo (Id Cendoj: 28079110011988100578); Ponente: Manuel González Alegre Bernardo. Fundamento de Derecho Tercero.

## **A- AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

ATS Recurso 243/2015 de 16 de noviembre 2016 (ROJ ATS 10327/2016; Id. Cendoj: 28079110012016203437); Ponente: Pedro José Vela Torres; Fundamentos de Derecho Primero.

ATS de 10 de marzo (ROJ: ATS 3035/2009). Recurso: 102/2007. Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández. Fundamento de Derecho Sexto.

ATS de 11 de Noviembre 2015 (ROJ : ATS 8865/2015 ; Id. Cendoj: 28079110012015202573); Recurso: 1815/2014; Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.

ATS de 4 de noviembre 2008 (ROJ: ATS 10091/2008; Id. Cendoj: 28079110012008204523); Recurso: 681/2005; Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; Fundamento de Derecho Quinto.

ATS de 10 de abril 2019 (ROJ: ATS 3873/2019; Id. Cendoj: 28079110012019201606); Recurso: 491/2017; Ponente: Eduardo Baena Ruiz; Fundamento de Derecho Tercero.

## **B- SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES**

SAP de Barcelona 633/2004 de 21 de septiembre (ROJ: SAP B 11103/2004; Id. Cendoj: 08019370132004100566); Recurso: 736/2003; Ponente: Fernando Utrillas Carbonell. Fundamento de Derecho Primero.

SAP de Badajoz 124/2018 de 18 de junio (ROJ: SAP BA 641/2018; Id. Cendoj: 06083370032018100252); Recurso: 325/2017; Ponente: Juana Calderón Martín; Fundamento de Derecho Tercero.

SAP de Valencia 299/2019 de 9 de julio (ROJ: SAP V 3107/2019; Id. Cendoj: 46250370072019100247); Recurso: 89/2019; Ponente: Javier Almonacid Lamelas; Fundamento de Derecho Segundo.

SAP de Valencia 166/2001 de 5 de marzo (ROJ: SAP V 1493/2001; Id. Cendoj: 46250370062001100178); Recurso: 339/2000; Ponente: Vicente Ortega Llorca; Fundamento de Derecho Noveno.

SAP de Sevilla 408/2010 de 13 de diciembre (ROJ: SAP SE 4255/2010; Id. Cendoj: 41091370082010100358); Recurso: 6213/2010; Ponente: Joaquín Pablo Maroto Márquez; Fundamento de Derecho Tercero.

SAP de Barcelona 502/2018 de 19 de noviembre (ROJ: SAP B 11513/2018; Id. Cendoj: 08019370192018100459); Recurso: 119/2017; Ponente: José Manuel Regadera Sáenz; Fundamento de Derecho Segundo.

SAP Madrid 424/2008, de 7 de octubre (ROJ: SAP M 14675/2008; Id. Cendoj: 28079370212008100389). Recurso: 772/2006; Ponente: Ramón Belo González. Fundamento de Derecho Cuarto.

SAP de Madrid 519/2018, de 20 de noviembre (ROJ: SAP M 15324/2018; Id. Cendoj: 28079370102018100478). Recurso: 543/2018; Ponente: María Dolores Planes Moreno. Fundamento de Derecho Cuarto.

SAP Barcelona 71/2019 de 19 de febrero (ROJ: SAP B 1120/2019; Id. Cendoj: 08019370162019100069). Recurso: 46/2017. Ponente: Marta Rayo Ayezuren. Fundamento de Derecho único.

SAP de Barcelona 349/2018 de 17 de julio (ROJ: SAP B 7050/2018; Id. Cendoj: 08019370162018100343). Recurso: 960/2015; Ponente: Federico Holgado Madruga. Fundamento de Derecho Segundo.

SAP 200/2010 de 2 de junio (ROJ: SAP O 1187/2010; Id. Cendoj: 33044370052010100209); Resolución: 200/2010; Ponente: José Luis Casero Alonso. Fundamento de Derecho Cuarto.

SAP Madrid 10/2017 de 19 de enero (ROJ: SAP M 1322/2017; Id. Cendoj: 28079370122017100006). Recurso: 631/2016. Ponente: José María Torres Fernández de Sevilla. Fundamento de Derecho Sexto.

SAP Madrid 574/2006, de 22 de diciembre (ROJ: SAP M 17037/2006; Id. Cendoj: 28079370132006100536). Recurso: 762/2005. Ponente: José María Salcedo Gener. Fundamento de Derecho Primero.

SAP de Madrid 286/2018, de 29 de junio (ROJ: SAP M 11801/2018; Id. Cendoj: 28079370182018100270). Recurso: 203/2018; Ponente: Pedro Pozuelo Pérez. Fundamento de Derecho Tercero.

SAP de Burgos 221/2017 de 12 de abril (ROJ: SAP BU 364/2017; Id. Cendoj: 09059370032017100177). Recurso: 444/2016; Ponente: José Ignacio Melgosa Camarero. Fundamento de Derecho Tercero.

SAP de Madrid 12/2006, de 10 enero (ROJ: SAP M 3/2006; Id. Cendoj: 28079370142006100001). Recurso: 207/2005; Ponente: Amparo Camazón Linacero; Fundamento de Derecho Segundo.

SAP de Barcelona 2/2019 de 11 de enero (ROJ: SAP B 51/2019; Id. Cendoj: 08019370132019100004). Recurso: 1063/2017; Ponente: Juan Bautista Cremades Morant. Fundamento de Derecho Quinto.

SAP Barcelona 663/2004 de 21 de setiembre (ROJ: SAP B 11103/2004; Id. Cendoj: 08019370132004100566). Recurso: 736/2003. Ponente: Fernando Utrillas Carbonell. Fundamento de Derecho Primero.

SAP Madrid 207/2002 de 6 de marzo (ROJ: SAP M 3399/2002; Id. Cendoj: 28079370012002104581). Recurso: 195/2001. Ponente: Miguel Ángel Lombardía del Pozo. Fundamento de Derecho Primero.

SAP Madrid 417/2017 de 27 de octubre (ROJ: SAP M 13506/2017; Id. Cendoj: 28079370132017100391). Recurso: 180/2017; Ponente: Carlos Cezon Gonzalez. Fundamento de Derecho Tercero.

SAP Madrid 52/2008, de 15 de febrero (ROJ: SAP M 2680/2008; Id. Cendoj: 28079370192008100083). Recurso 797/2007. Ponente: Epifanio Legido López. Fundamento de Derecho Tercero.

SAP Madrid 338/2006 de 14 de julio (ROJ: SAP M 10736/2006; Id. Cendoj: 28079370202006100333). Recurso: 584/2004. Ponente: Ramón Fernando Rodríguez Jackson. Fundamento Jurídico Segundo.

SAP Asturias 483/2018, de 15 de noviembre (ROJ: SAP O 3389/2018; Id. Cendoj: 33024370072018100472). Recurso: 320/2018. Ponente: Eduardo García Valtueña. Fundamento de Derecho Segundo.

SAP de la Coruña de 8 de febrero (ROJ: SAP C 365/2002; Id. Cendoj: 15030370032002100008); Recurso: 1340/2001; Ponente: Rafael Jesús Fernández-Porto García; Fundamento de Derecho Segundo.

SAP Palma de Mallorca 270/2017 de 29 de septiembre (ROJ: SAP IB 1654/2017; Id. Cendoj: 07040370052017100260). Recurso: 243/2017. Ponente: Santiago Oliver Barceló. Fundamento de Derecho Segundo.

SAP de Madrid 347/2013 de 7 de mayo (ROJ: SAP M 9843/2013; Id. Cendoj: 28079370122013100177). Recurso: 888/2011; Ponente: José María Torres Fernández de Sevilla. Fundamento de Derecho Décimo Cuarto.

SAP de Barcelona 209/2018, de 26 de abril (ROJ: SAP B 3085/2018; Id. Cendoj: 08019370142018100186). Recurso: 684/2016, Ponente: Sergio Fernández Iglesias. Fundamento de Derecho Tercero.

SAP de Madrid 54/2006 de 27 de enero (ROJ: SAP M 425/2006; Id. Cendoj: 28079370212006100025); Recurso: 129/2004; Ponente: Maria Almudena Cánovas del Castillo Pascual; Fundamento de Derecho Tercero.

SAP Asturias 36/2003 de 23 de enero (ROJ: SAP O 230/2003; Id. Cendoj: 33044370072003100023). Recurso: 458/2002. Ponente: Victor Emilio Covian Regales. Fundamento de Derecho Tercero.

SAP de Valencia 25/2015 de 2 de febrero (ROJ: SAP V 769/2015; Id. Cendoj: 46250370072015100025); Recurso: 627/2014; Ponente: Maria Filomena Ibáñez; Fundamento de Derecho Segundo.

SAP de Burgos 572/2017, de 29 de diciembre (ROJ: SAP BU 1120/2017; Id. Cendoj: 09059370032017100451). Recurso: 365/2017. Ponente: José Ignacio Melgosa Camarero. Fundamento de Derecho Sexto.

SAP de Madrid 230/2015 de 27 de junio (ROJ: SAP M 11861/2015; Id. Cendoj: 28079370142015100235); Recurso: 269/2015; Ponente: Sagrario Arroyo García. Fundamento de Derecho Tercero.

SAP Oviedo 367/2017, de 26 de octubre (ROJ: SAP O 2793/2017; Id. Cendoj: 33044370042017100355). Recurso: 407/2017. Ponente: Francisco Tuero Aller. Fundamento de Derecho Segundo.

SAP Madrid 341/2017 de 19 de octubre (ROJ: SAP M 13449/2017; Id. Cendoj: 28079370112017100337) Recurso: 302/2017. Ponente: María Margarita Vega de la Huerga. Fundamento de Derecho Segundo.

SAP de Murcia 607/2017, de 13 de octubre (ROJ: SAP MU 2201/2017; Id. Cendoj: 30030370042017100587). Recurso: 552/2017; Ponente: Rafael Fuentes Devesa. Fundamento de Derecho Segundo.

SAP de Barcelona 527/2017, de 5 de octubre (ROJ: SAP B 9621/2017; Id. Cendoj: 08019370012017100428). Recurso: 1355/2015; Ponente: Amelia Mateo Marco. Fundamento de Derecho Cuarto.

SAP de Madrid 195/2008 de 21 de abril (ROJ: SAP M 5974/2008; id. Cendoj: 28079370252008100201); recurso: 144/2007; Ponente: Francisco Ramon Moya Hurtado de Mendoza; Fundamento de Derecho Tercero.

SAP Madrid 270/2010 de 5 de mayo (ROJ: SAP M 8733/2010; Id. Cendoj: 28079370142010100227), Recurso: 716/2009; Ponente: Pablo Quecedo Aracil. Fundamento de Derecho Undécimo.

SAP de Madrid 417/2017, de 27 de octubre (ROJ: SAP M 13506/2017; Id. Cendoj: 28079370132017100391). Recurso: 180/2017; Ponente: Carlos Cezón González. Fundamento de Derecho Tercero.

SAP de Barcelona 32/2011 de 20 de enero (ROJ: SAP B 374/2011; id. Cendoj: 08019370162011100023); Recurso: 19/2010; Ponente: Jordi Seguí Puntas Fundamento de Derecho Segundo.

SAP León 222/2018, de 29 de junio (ROJ SAP LE 834/2018; Id. Cendoj: 24089370022018100222). Recurso 49/2018. Ponente: Antonio Muñoz Díez. Luisa María Hernán-Pérez Merino. Fundamento de Derecho Segundo.

SAP de Burgos 272/2018 de 10 de abril (ROJ: SAP BU 272/2018: APBU: 2018:272; Id Cendoj: 09059370032018100090), Recurso: 432/2017; Ponente José Ignacio Melgosa Camarero. Fundamentos Jurídicos.

SAP Badajoz 100/2018 de 17 de mayo (ROJ: SAP BA 497/2018; Id. Cendoj: 06083370032018100194), Recurso: 146/2018; Ponente: Jesús Souto Herreros. Fundamento de Derecho Segundo.

SAP Burgos 116/2018 de 10 de abril (ROJ: SAP BU 272/2018; Id. Cendoj: 09059370032018100090), Recurso: 432/2017; Ponente: José Ignacio Melgosa Camarero. Fundamento de Derecho Tercero.

SAP Madrid 203/2018 de 17 de mayo (ROJ SAP M 6995/2018; Id. Cendoj: 28079370082018100160). Recurso 233/2018. Ponente Luisa María Hernán-Pérez Merino. Fundamento de Derecho Segundo.

SAP de Madrid 319/2018, de 26 de septiembre (ROJ: SAP M 14406/2018; Id. Cendoj: 28079370182018100311). Recurso: 452/2018; Ponente: María Guadalupe Jesús Sánchez. Fundamento de Derecho Cuarto.

SAP Cádiz 65/2018 de 31 de mayo (ROJ SAP CA 630/2018; Id. Cendoj: 11020370082018100012). Recurso 111/2018. Ponente: Ignacio Rodríguez Bermúdez de Castro. Fundamento de Derecho Primero.

SAP Palma de Mallorca 296/2017 de 19 de octubre (ROJ: SAP IB 1789/2017; Id. Cendoj: 07040370052017100288) Recurso: 315/2017. Ponente: Santiago Oliver Barceló. Fundamento de Derecho Tercero.

SAP de Madrid 55/2020 de 14 de Febrero 2020 (ROJ: 2605/2020; Id. Cendoj: 28079370082020100033); Recurso: 534/2019; Ponente: Milagros del Saz Castro; Fundamento de Derecho Segundo.

## **C- SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2007, de 1 de marzo (BOE núm. 74, de 27 de marzo 2007). Fundamento Jurídico Tercero.

## **D- SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA CEE**

Case 161/84 Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, 1986 E.C.R. 353, 1 C.M.L.R. 414 (1986), Common Mkt. Rep. (CCH) 1- 14245 (1986)

## BIBLIOGRAFÍA

- Abell, M. (2013). *The Law and Regulation of Franchising in the UE*. Londres: Edward Elgar Publishing.
- Abell, P. M. (2011). *The regulation of franchising in the European Union*. Londres: Queen Mary, University of London.
- Aguila-Real, A. (10 Octubre 2013). La franquicia como licencia de empresa (III). *Blog Derecho Mercantil* (<http://derechomercantilespana.blogspot.com>).
- Alhumoudi, Y. (2010). *Franchising agreement*. Saarbrucken (Alemania): Lambert Academic Publishing.
- Alon, I. (1998). *A conceptual model of the internationalization of the United States franchising systems*. *Business Research Yearbook: Global Business perspectives*. Biberman/Alkhafaji.
- Alon, I. (2001). The use of franchising by US-Based retailers. *Journal of Small Management*.
- Alonso Soto, R. (2012). Bases para una futura regulación de los contratos de distribución. En *Reforma de los contratos de distribución comercial*.
- American Association of Franchisees & Dealers (AAFD). (2018, noviembre 19). *The Center for Total Quality Franchising*. <https://www.aafd.org/>
- Arcos Vieira, M. L. (2018). La inversión de la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual: el fin de un principio. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Asociación Española de Franquiciadores. (2017). *Código Europeo de la Franquicia. Aplicable en España*. <http://www.franquiciadores.com/wp-content/uploads/2017/08/Código-Deontológico-Europeo-de-la-Franquicia>.
- Asociación Española de Franquiciadores. (2019). *Servicio Estadístico*. La franquicia en España 2019: <http://www.franquiciadores.com/wp-content/uploads/2019/03/Informe-La-Franquicia-en-España-2019.pdf>
- Asociados, B. (2016). La franquicia en Europa crece por encima de la economía.
- Asua González, C. I. (1989). La culpa in contrahendo. Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos. Servicio Editorial Universidad del País Vasco.
- Asua González, C. I. (2003). Codificación de la culpa in contrahendo en el derecho alemán. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid: Civitas.



- Aznar Giner, E. (2010). *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato: Doctrina y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Azoulay, P., & Shane, S. (2001). Entrepreneurs, contracts and the failure of Young forms. *Management Science*, Vol 47, Nº. 3.
- Badonava Juste, M. V. (2003). *Determinantes del éxito de las relaciones comerciales a largo plazo entre empresas: análisis empírico en el sistema de franquicia*. Zaragoza: Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación, Edición 3. (1992). *Guía de la franquicia*. Valencia.
- Banakas, S. (2009). Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus test. *Indret*.
- Barassi. (1948). *La Teoria Generale delle Obligazioni I. Struttura, 2.a*. Milano: Milano.
- Beale, H., Hartkamp, A., Kötz, H., & Tallon, D. (2001). *Contact Law*. Oxford: Hart.
- Benabent, A. (2019). *Los contratos especiales civiles y comerciales*. LGDJ.
- Bercovitz Rodríguez Cano, R., & Martín López, J. M. (2013). *Tratado de contratos*. Editorial Tirant lo Blanc.
- Bernad Mainar, R. (2015). Responsabilidad ante la ruptura injustificada de los tratos preliminares. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº. 747.
- Boetch Gillet, C. (2015). *La buena fe contractual*. Santiago de Chile: Ediciones UC.
- Bonell, M. J. (1995). The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How? *Tulane Law Review*, Vol. 69, Nro. 5.
- Bosch, C., & Giménez, E. (2005). Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores. *Vlex*, Nº. 692.
- Braun, F. (1995). Aufklärungspflichten des Franchisegebers bei den Vertragsverhandlungen. *NJW*.
- British Franchise Association. (2019, abril 11). *Code of Ethics*. <https://www.thebfa.org>
- Broseta Pont, M. y Martínez Sanz F. (2020). *Manual e Derecho Mercantil*. Tecnos.
- Burgos Pavón, G., & Fernández Iglesias, M. S. (2010). *La franquicia: Tratado práctico y jurídico*. Pirámide.
- Cabanillas Sánchez, A. (1995). El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. *RCDI*.
- Calais-Auloy, J. (1997). *Influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*. RCDI.

- California Government. (2018). *California Corporations Code*. <https://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?codesection=corp&codebody=&hits=20>
- Camara Lapuente, S. (2008). *El arrendamiento de bienes inmuebles*. Navarra: Cizur Menor.
- Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación, Edición 3. (1992). *Guía de la franquicia*. Valencia.
- Carrasco Perera, A. (2005). Cartas de intenciones, protocolos, responsabilidad in contrahendo y obligatoriedad en los tratos en la jurisprudencia española. *Aranzadi Civil, Nro. 21/2005*.
- Carrasco Perera, A. (2017). *Derecho de contratos. Segunda edición*. Thomson Reuters - Aranzadi.
- Cartwright, J. (2007). *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure, Sweer and Maxwell*. Londres.
- Cartwright, J., & Hesselink, M. (2009). *Precontractual Liability in European Private Law*. Cambridge.
- Castro y Bravo, F. (1982). Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *ADC, Vol. 35, Nro. 4*.
- Castro y Bravo, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- Castronovo, C. (2009). Information duties and precontractual good faith. *European Review of Private Law*.
- Caves, R. (1971). International Corporations: The industrial economies of foreign investment. *Económica, Vol 38*.
- Cebrian, M. A. (2018). *El contrato de franquicia en Derecho Internacional Privado Europeo*. Madrid: Marcial Pons.
- Chen-Wiwishart, M. (2005). *Contract Law*. Oxford University Press.
- Cienfuegos Mateo, M. (2005). Contrato de franquicia, ordenación del comercio y Derecho de la competencia. *Revista Jurídica de Catalunya, num 2*.
- Clara Asua, I. (1989). *La culpa in contrahendo*. Bilbao: Universidad del País Vasco.
- Code, S. G. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. S.E. Publishers.
- Comisión Nacional de la Competencia. (n.d.). *IPN 12/2009. Reales Decretos Omnibus. Franquicias*. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informes/tabid/166/Default.aspx?pag=4>

- Cuadrado Pérez, C. (2003). *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Bologna: Studia Albornotiana.
- Cuadrado Pérez, C. (2014). La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (Parte II). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº. 746.
- Cuesta, J. M., & Valpuesta, E. (2009). Marco general de la contratación mercantil. En J. M. Cuesta, & E. Valpuesta, *Contratos Mercantiles*. Barcelona.
- De Ángel Yagüez, R. (2010). Lealtad en el periodo precontractual. In *ADC*, tomo LXIII.
- De Castro, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas. Dykinson.
- De la Maza Gazmuri, I. (2009). *Los límites del deber precontractual de información*. Civitas - Thomson Reuters.
- De Verda y Beamonte, J. R. (1999). *Error y responsabilidad en el contrato*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Verda y Beamonte, J. R. (2009). *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*. Madrid: Thomson-Aranzadi.
- Del Barrio Fernández, N. (2013). Una visión comparatista de la buena fe contractual (II). *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº 112.
- Del Pozo Carrascosa, P., Vaquer Aloy, A. y Bosch Capdevila, E. (2018). *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*. Madrid: Marcial Pons.
- Deutcher Franchiseverband. (2018). <https://www.franchiseverband.com/aktuelles-erfahren/>
- Dias Pereira, A. L. (1997). *La franquicia de empresa ("franchising")*. Universidade de Coimbra: Boletim da faculdade de Direito, LXXII.
- Díez de Castro, E. C., Navarro García, A., & Rondán Cataluña, F. J. (2005). *El sistema de franquicia*. Pirámide.
- Díez Picazo, L. (1991). *Comentario al artículo 1255 CC (Dir. Paz-Ares et alia)*. Ministerio de Justicia.
- Díez Picazo, L., Roca Trias, E., & Morales Moreno, A. M. (2002). *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2012). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Civitas.
- Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Teoría del Contrato. Sexta Edición*. Civitas - Thomson Reuters.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2017). *Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Tomo I: El contrato en general. La relación obligatoria. Undécima edición*. Tecnos.

- Dohrmann, A. (2003). La modernización del Derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho Privado. En M. Moya Escudero, & S. Sánchez Lorenzo, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*. Dykinson.
- Domínguez García, M. A. (2004). El contrato de franquicia. En AA.VV., *Contratos Mercantiles, 2ª Edición, Vol. 2*. Thomson Cívitas.
- Drakes, G. (2013). An Implied Duty of Good Faith in English Law Franchise Agreements – is the Genie Out of the Bottle? *Fieldfisher*.
- Durán Rivacova, R. (2002). *Evicción y saneamiento*. Navarra: Cizur Menor - Aranzadi.
- Echevarría Sáenz, J. A. (1997). Comentario al artículo 62 LOCM. In AA.VV, *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio Minorista*. Madrid.
- Echevarría Sáenz, J. A. (2012). Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, N. 10*.
- Echevarría Sáenz, J. A. (1997). De la actividad comercial en régimen de franquicia. En *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*. Lagina.
- Echevarría Sáenz, M. (1995). *El contrato de franquicia: definición y conflictos en las relaciones internas*. McGraw-Hill Interamericana de España.
- Ekkenga, J. (1994). Die Inhaltskontrolle von Franchise. In B. R., *Schadensersatzpflicht des Franchisegebers aus Verschulden bei Vertragsabschluss*. Vertragen: NJW.
- Elgar, E. (2011). *Contract Law and Economics*. Massachusetts: University of Saint Louis (USA).
- Enrich Guillén, D. (2014). *Análisis jurídico del alcance de la subjetividad en el error como vicio invalidante del consentimiento*. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4923-analisis-juridico-del-alcance-de-la-subjetividad-en-el-error-como-viceo-invalidante-del-consentimiento/>
- Espaliat Canu, M., & Espaliat Planas, P. (2002). *Franquicia: una alternativa de trabajo independiente*. Dykinson.
- Estevan Quesada, C. (2005-2006). Franquicia y abuso de dependencia económica. *Actas de derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XXVI*.
- European Franchise Federation. (2016). *Código Deontológico Europeo de la Franquicia*. Madrid: Asociación Española de Franquiciadores de España.
- FBI. (2018, marzo 23). *Common Fraud Schemes*. [www.fbi.gov/scams-safety/fraud](http://www.fbi.gov/scams-safety/fraud)
- Federal Trade Commission. (2007, enero). *USA Government*. <https://www.ftc.gov/2007/01/franchiserule.shtml>

- Federal Trade Commission. (2017). *USA Government*. <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/selected-industries/franchises%2C-business-opportunities%2C-and-investments>
- Federal Trade Commission. USA Government. (2017). *A consumer's guide to buying a franchise*. <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/consumers-guide-buying-franchise#2>
- Federation Française de la Franchise. (2018). <https://www.franchise-fff.com>
- Federazione italiana de franchising. (2018). <https://www.federfranchising.it/>
- Fernando Novoa, C. (2004). *Trtado sobre derecho de marcas*. Marcial Pons.
- Flour, J., & Aubert, J. (1994). *Les obligations, L'acte juridique*. 6th Editin.
- Font Ribas, A. (1987). *Mercado Común y Distribución: La distribución selectiva y exclusiva a traves de representantes concesionarios*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Fragali. (1948). *Dei requisiti del contratto. "Codigo Commerciale. Diritto civil da M. D'Amelio e E. Finzi. Libro delle Obligazioni* . Firenze.
- Franchise Disclosures. (2017). *¿Qué es un FDD?* . <http://www.franchisedisclosures.com>
- Frignani, A. (2012). *Il contratto di franchising (orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004)*. Milán: Giuffrè Editore.
- Fuente, M. (2007). La protección coetánea a la celebración del contrato. En D. A. De León Arce, & L. M. García, *Derechos de los Consumidores y Usuarios (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*. Tomo I. 2ª Edición. Valencia: Thomson Reuters.
- Furmston, M. (2016). *Law of contract*. Oxford: Oxford University Press.
- G.K., M. (2018). Franchising. The key to rapid business growth. *Chosior Press (UK)*.
- Gadea, E., Gaminde E. y Rego E. (2016). *Derecho de la Contratacion Mercantil*. Madrid: Dykinson.
- Galgano, F. (2003). Lex Mercatoria. Shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales. *Revista de Derecho Mercantil*.
- Gallego Sánchez, E. (1991). La franquicia. *Trivium*.
- Gamet-Pol, F. J. (1997). *Franchise Agreements Whitin the European Community*. Irvington: Transnational Publishers.
- García Goyena, F. (1974). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Zaragoza.

- García Granero, A. V. (2002). La perfección de los contratos. En J. F. Delgado de Miguel, *Tomo III, Obligaciones y Contratos, Vol 1º* (p. 384). Madrid: Civitas.
- García Granero, A. V. (2016). *Instituciones de Derecho privado*. Aranzadi. Marcial Pons.
- García Rubio, M. P. (1989). Responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones. A propósito de la STS de 16 de mayo de 1988. *La Ley, Nro. 4.*
- García Rubio, M. P. (2010). La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos. *Anuario de derecho civil, Vol. 63, Nro. 4.*
- García Rubio, M. P., & Otero Crespo, M. (2011). La responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo. *Indret*.
- García-Pita y Lastres, J. L. (2003). *Derecho mercantil de obligaciones. Parte General*. Madrid.
- Gimenez Garcia, I. (2007). *El contrato de franquicia. Cuestiones Generales*. A.A.V.V. Contratos de agencia distribución y franquicia. Cuadernos de Derecho Judicial.
- Gómez Calero, J. (1998). *Derecho Mercantil II. Obra colectiva y coordinada por Jiménez Sánchez, G. J., 4ª Edición*. Barcelona.
- Gomez Calle, E. (1994). *Los deberes precontractuales de información*. Madrid: La Ley.
- Gómez Pomar, F., & Gili Saldeña, M. (2010). Cuestiones de formación del contrato en la propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución. Madrid: Editorial La Ley.
- Gomez Sagade, J. A. (1974). *El secreto industrial (Know How). Concepto y protección*. Tecnos.
- Group, S. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. S.E. Publisehrs.
- Heldrich. (1924). *Das Vcrschulden beim Vertragsabschluss im Klassischen rómischen Recht und m der späteren*. Leipzig: Rechtsentwicklung.
- Hernando Giménez, A. (2000). *El contrato de franquicia de empresa*. Madrid: Civitas.
- Hesselink, M. (1998). Good Faith. In A. Hartkamp, *Towards a European Civil Code*. The Hague.
- Hesselink, M. W. (2004). La política de un Código Civil Europeo. *European Law Journal, Vol. 10*.
- Hilsenrad, A. (2019). *Las obligaciones precontractuales. Biblioteca de Derecho Privado*. Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Humberto Facco, J. (2017). *Vicisitudes de la buena fe negocial*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.

- Ihering. (1861). Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei wichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*.
- Infofranquicias.com. (2017). *El código deontológico europeo de la franquicia*.  
<https://www.infofranquicias.com/cd-7077/El-codigo-deontologico-europeo-de-la-franquicia.aspx>
- Ingram, P., & Braum, J. (1997). Chain affiliation and the failure of Manhattan hotels, 1898-1980. *Admin. Sci. Quarterly*, Vol. 42.
- Irakli, T. (2017). *The Principle of Freedom of Contract, Pre-contractual Obligations Legal Review English, EU and US Law*. European Scientific Journal.
- Jarkina, V. (2010). *Franchising in Theory and Practice: a franchise agreement in the framework of Civil Law*. Lambert Academic Publishing.
- Jiménez Muñoz, F. J. (2010). El camino hacia un derecho civil europeo armonizado, una tarea... ¿llegando a su final? *Actualidad civil*, Nro 11.
- Jiménez Muñoz, F. J. (2013). Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nro. 738.
- Kärkliņa, G. (2014). *Pre-contractual obligations in international transactions*. Globe Edit.
- Kern & Hillman, LLC. (2018, Marzo 28). *An overview of franchise regulation in the United States*. [https://www.franchiselawsource.com/overview\\_franchise\\_regulation.html](https://www.franchiselawsource.com/overview_franchise_regulation.html)
- Khurtsidze, T. (2013). *Franchise Agreement*. Saarbrücken: Lambert Academic Publishing.
- Kroppholler, J. (2007). *Studienkommentar BGB*.
- Lacruz Berdejo, J. L. (2000). *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II. Madrid: Dykinson.
- Lacruz Berdejo, J. L. (2007). *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones. Teoría General del contrato*. Madrid: Dykinson.
- Lafontaine, F. (1992). Agency Theory and Franchising. *Journal of Corporate Finance*.
- Lal, R. (1990). Improving Channel Coordination through Franchising. *Marketing Science*, Nro. 9,.
- Lando, B. (2000). *Principles of European Contract Law*. La Haya: Kluwer Law International.  
<http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>
- Lasarte Álvarez, C. (2011). *Contratos, T. III de los Principios de Derecho Civil, 14ª Edición*. Madrid: Marcial Pons.
- Lázaro Sánchez, E. J. (2000). El contrato de franquicia (aspectos básicos). *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*. Nro. 18.

- Legifrance. (2018). *Legifrance*. Le service public de la diffusion du droit: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- Leible, S. (2008). El futuro del Derecho Privado Europeo. *Diario La Ley*, Nro. 7085.
- Leñena Mendizabal, E. (2011). El contrato de agencia y la comisión mercantil. *Cuadernos de derecho Comercio*.
- Leyva, J. A. (1989). Planteamiento general de los registros públicos y su división en registros administrativos y registros jurídicos. *RCDI*, 276.
- Llacer Matacas, M. (1992). *El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica*. Barcelona: Bosch.
- Llobet y Aguado, J. C. (1996). El deber de información en la formación de los contratos. Marcial Pons.
- Lobato de Blas, J. (1976). Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares. *RGLJ*, Nro. 241.
- Lopez Frias, A. (1994). *Los contratos conexos*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Manresa y Navarro, J. M. (1931). *Comentarios al Código Civil español*. Madrid: Reus.
- Manzanares Secades, A. (1984). La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 37, Nro. 3.
- Manzoor, G. (2018). *Franchising. The key to rapid business growth*. UK: The Choir Press.
- Markesinis, B., Unberath, H., & Johnston, A. C. (2006). *The German Law*. Hart Publishing .
- Marsden, G. S. (2017). The duty to negotiate in good faith: are BATNA strategies legal? *Berkeley Business Law Journal*.
- Marti Miravalls, J. (2008). Los Códigos de conducta en las redes de franquicia: el modelo americano versus el europeo. *RDM*, núm. 269.
- Martí Miravalls, J. (2007). Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo XXVIII.
- Marti Miravalls, J. (2009). *El contrato de master franquicia*. Pamplona: Aranzadi/Thomson Reuters.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2000). *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Madrid: Marcial Pons.
- Martínez de Aguirre y Aldaz, C. (1994). Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones. *ADC*, Vol. 47, Nro. 1.



- Martínez Rosado, J. (2011). La reforma operada en el registro de franquiciadores como consecuencia de la directiva de servicios. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, Nro. 8.
- Martinez Sanz, F. (1999). De la actividad comercial en régimen de franquicia. En AA. VV., *Régimen jurídico general del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 de 15 de enero complementaria de la Ordenación del Comercio Minorista*. McGraw Hill.
- Massaquer Fuentes, J. (1991). El contrato de licencia de Know How. En E. Gallego, *La franquicia. Estudio jurídico práctico*. Madrid: Trivium.
- Massaquer Fuentes, J. (1995). La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal. En *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mato Pacín, M. N. (2017). Cláusulas abusivas y empresario adherente. *Agencia Estatal BOE, Madrid*.
- Mayorga Toledano, M. C. (2007). *El contrato mercantil de franquicia. 2ª Edición*. Comares.
- Maza Gazmuri, I. (2007). Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007. *ADC, T. LX-IV*.
- Medina Alcoz, M. (2005). La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual. *RDP, Nº 5-6/2005*
- Medina Alcoz, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Casa Editorial.
- Menconi. (1956). Sulla natura della responsabilità precontrattuale. *Riv. Dir. comm. v. 54, 1-11*,
- Mendelshon, M., & Rudnick, L. (2002). *Negotiating an International master franchise agreement*. Seet-Maxwell.
- Menéndez Mat, J. C. (1998). *La oferta contractual*. Aranzadi.
- Menendez A. y Rojo A. (2019). *Lecciones de Derecho Mercantil*. Pamplona: Thomson Reuters.
- Menguy, G. (2016). Franchising in France: Overview. *Q&A Guide. Practical law*.
- Miranda Serrano, M. R. (2000). Restricciones accesorias y practicas colusorias. *DN núm. 122*
- Monsalve Caballero, V. (2008). La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción. *Revista de Derecho Vol. 30*.
- Monsalve Caballero, V. (2008). La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su regulación jurídica prenegocial en el derecho europeo continental. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi Núm. 3. VLex*.
- Moralejo menendez, I. (2007). *El Contrato mercantil de Concesión*. Aranzadi.

- Morales Moreno, A. M. (1980). El alcance protector de las acciones edilicias. *ADC, Vol 33, Nº. 3*.
- Morales Moreno, A. M. (1982). El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa. *ADC, Vol. 35, Nro. 3*.
- Morales Moreno, A. M. (1988). *El error de los contratos*. Madrid: Ceura.
- Morales Moreno, A. M. (2010). *Los límites del deber precontractual de información*. Civitas - Thomson Reuters.
- Morales Moreno, A. M. (2011). ¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? En K. Albiez Dohrmann, *Derecho Privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier.
- Morales Moreno, A. M. (2014). De la excusabilidad a la imputabilidad en el error. *AAMN, XXIX*.
- Moreno B. Ossorio J. Gonzalez J. M. Ruiz Rico J. Herrera R. (2018). *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Navas Herrera, M. F., & Mosquera Moreno, A. M. (2010). Realidades del deber precontractual de información en el contrato de franquicia: una visión desde el derecho comparado. *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: Tomo IV. Derecho privado, Vol. 1*.
- Núñez Muñiz, M. C. (2015). La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad. *Revista crítica de derecho inmobiliario, Nro 749*.
- Osorio Morales, J., & Ossorio Serrano, J. M. (2003). *Curso de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos. 2ª Edición*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pagador López, J. (1999). Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nro. 2*
- Palacios, M. (2017). *Presente y futuro del Registro de Franquiciadores*. [www.infofranquicias.com](http://www.infofranquicias.com)
- Palmieri, N. W. (2017). Good faith disclosure. En *Common law Disclosure Duties*.
- Pantaleon Prieto, F. (2011). Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos. *Anuario de Derecho Civil, fasc. III*.
- Perales Viscasillas, P. (2010). Formación del contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución. En *Los contratos de distribución*. Madrid: La Ley.

- Pérez García, P. A. (1990). *La información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Instituto Nacional de Consumo.
- Perez Martell, R. (2018). *Conflictos surgidos en el contrato de franquicia*. V/Lex Id. VLEX-43440912.
- Pérez Velazquez, J. P. (2014). *El proceso de modernización del derecho contractual europeo*. Dykinson.
- Pérez-Serrabona González, F. J. (2015). Franquicia y contratos de distribución en el Anteproyecto de Código Mercantil. En *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (pp. 1667-1686). Getafe: Universidad Carlos III de Madrid.
- Peters, L. (2004). Una legge per il franchising. *Diritto del commercio internazionale, Vol. 18, Nro. 2*
- Petsche, A., Riegler, S., & Theiss, W. (2004). Franchising in Austria. *International Journal of Franchising Law*.
- Pidal, F. M. (1932). *Apéndice sobre Derecho español a la traducción de Hilsenrad, las obligaciones precontractuales*. Madrid: Gongora.
- Pietrobon, V. (1971). *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Plave, L. T. (2013). The dark side of masterfranchising. *International Journal of franchising*.
- Plaza Panades, J. (2003). Algunas consideraciones sobre el Código Civil Europeo. En L. Prats Albentosa, G. Palao Moreno, & M. J. Reyes López, *Derecho patrimonial europeo*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Polo Sanchez, E. (2000). Apuntes críticos a la Ley sobre condiciones generales de la contratación. *Estudios sobre consumo (EC), Nro. 54*.
- Price, T. (2005). Measuring Political and Economic Risk. En *Franchising World* (pp. 58-59).
- Puig Brufau, J. (1997). *Compendio de Derecho Civil, Volumen II. Derecho de obligaciones, contratos y quasi contratos, obligaciones derivadas de actos ilícitos*. Barcelona: Marcial Pons.
- Rangel Sánchez, L. F. (2000). *Estudio legislativo y jurisprudencial del derecho civil: obligaciones y contratos*. Madrid.
- Raymond, Y. (1994). *Libro de consulta sobre el Derecho Alemán*. Routledge Cavendish.
- Redondo Trigo, F. (2010). De los Principios Lando al Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo. ADC.

- Ribó, A., & Poch, A. (2015). Los peligros del contrato de franquicia y cómo mitigarlos. *Economist & Jurist*, 58-65. <https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/es/actualidadPublicaciones/ArticuloJuridico/Documents/150507-economistjurist-los-peligros-del-contrato-de-franquicia-y-como-mitigarlos.pdf>
- Rigol Gasset, J. (1992). *La franquicia, una estrategia de expansion*. Barcelona: EINIA.
- Rivero Hernández, F. (1994). *Los vicios del consentimiento contractual*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Rivero Hernández, F. (2003). En AA. VV., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Madrid: Dykinson.
- Roca Guillamón, J. (2016). La armonización del derecho de contratos en la UE. En E. Muñiz Espada, *Derecho de obligaciones y contratos: En homenaje al profesor Ignacio Serrano García*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Rodríguez Artigas, F. (1998). *El ámbito de aplicación de la Ley*.
- Rodríguez de las Heras Ballell, T. (2015). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III.
- Rodríguez Martínez, M. E. (2010). El proceso de unificación del derecho privado europeo: alcance, aplicación a contratos internos y confrontación con los derechos estatales. *La Ley*, 180, 1-17.
- Rodríguez Rodríguez, J. (1976). *Curso de Derecho Mercantil*. Porrua: Editorial Porrua.
- Rodríguez, J. (n.d.). El Contrato de Franquicia: Common Law vs Civil Law. *Lleytons International Private Law*.
- Roitman, H. (2005). *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM .
- Ruiz Muñoz, M. (2010). Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial). En *los contratos de distribución*. Editorial La Ley.
- Ruiz Peris J.I., M. M. (2018). *Contratos de Distribucion*. Barcelona: Atelier.
- Ruiz Peris, J. (2007). *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- Ruiz Peris, J. I. (2000). *Los tratos preliminares en el contrato de franquicias*. Aranzadi.
- Ruiz Peris, J. I., & Martí Miravalls, J. (2005). La nueva ley italiana de franquicias: perspectiva comparada (I). *Derecho de los Negocios*, Nº 175.
- Ruiz Peris, J. L. (1991). *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*. Civitas.

- Ruiz Peris, J. L. (2004). Nulidad, anulabilidad y resolución por incumplimiento en el contrato de franquicia. *Estudios de derecho judicial*, Nro. 50, 310.
- Ruiz-Rico Ruiz, C. (2008). *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos: problemática actual*. Tirant.
- Sachäfer, J. B., & Ott, C. (1986). *Manual del análisis económico del Derecho Civil*. Madrid.
- Sachez Calero, F. y Sanchez-Calero G. (2019). *Principios de Derecho Mercantil*. Pamplona: Thomson Reuters.
- Sánchez González, M. J. (2003). Las tendencias unificadoras del Derecho contractual europeo. *RDP*, 2003-II.
- Savaux, E. (2016). *El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos*. Poitiers.
- Schwarth, A., & Scott, R. E. (1987). Precontractual Liability and Preliminary Agreements. *Harvard Law Review*, Vol. 120, Nro. 3.
- Sen, K. C. (1993, abril). *The use of initial fees and royalties in business-format franchising*. Retrieved noviembre 02, 2017, from Wiley Online Library: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/mde.4090140209>
- Sherman, A. J. (2011). *Franchising & Licensing: two powerful ways to grow, your business in any economy - Fourth Edition*. Amacom.
- Smith Stephen, A. (2005). *Atiya's Introduction to the Law of Contract*. Oxford: Clarendon Press.
- Soria Ferrando, J. (1996). *El agente de comercio*. Trant lo Blanch.
- Soto Alonso, R. (1993). Distribución Comercial y Derecho de la Competencia. *Distribución y Competencia*, núm 12, 33.
- State of California. (2018, diciembre 19). *California Government*. <https://www.ca.gov>
- Suárez González, C. (2017). *Las fases de formación del Contrato. Valor y régimen jurídico*. Dykinson.
- Teodoratze, I. (2017). The Principle of Freedom of Contract, . *Precontractual Legal Review English, EU and US Law. European Scientific Journal*.
- Terrazas, C. (2005). *La franquicia. Comentarios jurídicos y normativa*. Editorial Tormo y Asociados.
- Tetley, A., & López, A. (2017). *Negociaciones precontractuales: un nuevo régimen francés codificado*. Reed Smith.
- Tormo, E. A. (2013). *Crece en franquicia*. Barcelona: Centro Libros PAPP.

- Torrubia Chalmeta, B. (2010). El contrato de franquicia. *Cuadernos de derecho y comercio*, Nro. 54.
- Toute la Franchise. (2015, noviembre 26). *Fiche pratique : La Loi Doubin*. <https://www.toute-la-franchise.com/vie-de-la-franchise-A5421-fiche-pratique-la-loi-doubin.html>
- Treittel, G. (2003). *The law of contract*. Londres: Thomson Sweet & Maxwell.
- UNIDROIT. (2017). *Instituto internacional para la Unificación del Derecho Privado*. <https://www.unidroit.org/spanish/modellaws/2002franchise/2002modellaws.PDF>
- UNIDROIT. (2007). *Guide to International Master Franchise Arrangements*. Roma: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) .
- Uria, R. y Menéndez A. en AAVV.. (2007). *Curso de Derecho Mercantil II*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi.
- Usher, J., Evans, A., & Payne, K. (2013). Good faith – is there a new implied duty in English contract law? *Mayer Brown*.
- Ussia, J. (1992). Las bases económicas y comerciales del desarrollo de la franquicia. En C. d. Valencia, *Guía de la franquicia* (p. 76 y ss.). Valencia.
- Valés Duque, P. (2012). *La responsabilidad precontractual. Derecho Español Contemporáneo*. Reus.
- Valpuesta Hernández, M. R. (1998). *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Valpuesta Hernández, M. R. (2001). *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. En M. R. Valpuesta Hernández y R. Verdura Server. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vaquero Aloy, A., Bosch Capdevila, E. y Sánchez González, M. P. (2012). *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Barcelona: Atelier.
- Vattier Fuenzalida, C. (2008). El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía . *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LXI-4.
- Vicent Chulia, F. (1997). *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanc.
- Von Thur, A. (2007). *Tratado de Obligaciones*. Granada: Comares.
- Whittaker, S. (2009). *El proyecto de marco de referencia común*. Una evaluación encargada por el Ministerio de Justicia, Apéndice II.
- Whittaker, S., & Zimmerman, R. (2000). Good faith in the European contract law: surveying the legal landscape. Cambridge University Press.

- Wilhemsson, T., & Twigg-Fresner, C. H. (2006). Precontractual information duties in the *acquis communautaire*. *European Review of Contract Law*, Vol. 2, Nro. 4..
- Wormald, C. (2018). Domestic and international franchising, master franchising, and regulation of franchise agreements in the UK. *Thomson Reuters Practical Law*.  
[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-632-9722?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-632-9722?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)
- Zeidman, P. F. (2018). *Franchise. Law Business Research*. London: Getting the Deal Through.
- Zietlow, D. S. (1995). Wholesaler in interanational franchising. *IBR. Num. 52*.
- Zimmermann, R., & Whittaker, S. (2000). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law.
- Zweigert, K., & Kötz, H. (1998). An introduction to comparative law. Nueva York: Oxford University Press.
- Zweigertz, K., & Kötz, H. (2002). Parte II. Capítulo 24: La libertad del contrato y sus límites. En *Introducción al Derecho comparado* (p. 340 y ss). Ciudad de México: Oxford University Press.