

Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución

Fernando Gómez Pomar
Marian Gili Saldaña

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

En este trabajo se analiza el régimen de formación de los contratos en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución (PALCD) y, en particular, las medidas adoptadas para reducir los desequilibrios entre proveedores y distribuidores. La PALCD configura dicho régimen a partir de las diferencias de información y experiencia entre tales sujetos. Sin embargo, parecía adecuado que el diseño de dicho régimen atendiera, asimismo, al carácter de contrato incompleto y de larga duración de los contratos de distribución.

Por otro lado, la relación de la PALCD con otros instrumentos internacionales en materia contractual parece cuestionable. En algunos casos, sus soluciones se apartan de las reglas previstas en tales instrumentos; en otras, se limitan a reproducir, sin apariencia de especialidad, las reglas básicas de formación de los contratos del Derecho contractual general.

This paper analyzes the contract formation regime in the Draft Bill Proposal on distribution contracts and, specifically, the measures that attempt to reduce imbalances among suppliers and distributors. The PALCD bases this regime on both information and experience differences among these subjects. Nevertheless, it would seem more appropriate that the regime's design take also into account the incompleteness as well as the long-duration character of distribution contracts.

On the other hand, the relation of the PALCD with other international instruments regarding contractual issues seems doubtful. In some cases, its solutions separate from the rules established by these instruments; in other cases, they reproduce, without any speciality, the basic rules of contract formation in the general Contract Law.

Title: Issues on contract formation in the Draft Bill Proposal on distribution contracts

Palabras clave: contratos de larga duración, cooperación contractual, cláusulas de integración, deberes precontractuales de revelación de información, responsabilidad precontractual, inversiones de confianza, error
Keywords: Long-term contracts, Contractual cooperation, Merger, integration or entire agreement clauses, Precontractual duties of disclosure, Precontractual liability, Reliance investments, Mistake

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. El presunto desequilibrio de poder en los contratos de distribución y el papel del Derecho de contratos**
- 3. Cooperación contractual en relaciones de larga duración**
- 4. Carácter incompleto de los contratos de distribución**
- 5. Forma de los contratos de distribución**
- 6. Deberes de información precontractual**
- 7. Responsabilidad por tratos previos**
- 8. Error**
- 9. Conclusiones**
- 10. Tabla de sentencias citadas**
- 11. Bibliografía**

1. *Introducción*

En las economías modernas, gran parte de los productos y servicios llegan a los consumidores finales a través de cadenas de distribución en las que la cooperación de proveedores y distribuidores se articula mediante tipos negociales de contenido, al menos parcialmente, heterogéneo (franquicia, distribución selectiva, distribución autorizada, concesión, etc.). Los contratos de distribución permiten reducir los costes derivados de la aproximación del producto a los mercados (transporte, almacenamiento, etc.), así como los costes de dirección y planificación de las actividades de distribución para dotar de valor competitivo a los productos o servicios. Frente a la integración vertical de la distribución dentro de la propia empresa fabricante, este tipo de contratos permiten conseguir mejores incentivos de los distribuidores, pues no en balde éstos son empresarios independientes que obtienen su propio beneficio. A la vez, mediante un contenido obligacional semejante, o idéntico, dentro de cada cadena de distribución, los fabricantes, sin renunciar a la provisión de incentivos, pueden obtener uniformidad en las políticas de ventas, coordinación en los sistemas logísticos, fiabilidad en los servicios de asistencia post-venta y, en definitiva, el control del comportamiento de los distribuidores en la comercialización de sus productos o en la prestación de sus servicios.

En nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno, nunca ha habido una regulación general de los contratos de distribución –salvo la regulación de los deberes de información precontractual que, para la franquicia, establecían el art. 62 de la [Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista](#) (en adelante, [LOCM](#)) y el [Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, relativo a la regulación del régimen de franquicia, y se crea el Registro de Franquiciadores](#) (en adelante, [RD 2485/1998](#))–, por lo que la delimitación del régimen jurídico de este tipo de contratos se ha realizado atendiendo a los principios y reglas generales del Derecho de contratos, a la práctica comercial, y a las aportaciones doctrinales y soluciones jurisprudenciales en la materia. Con la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución¹ (en adelante, [PALCD](#)), el legislador declara su propósito de conjugar, en la medida de lo posible, el principio de libertad de empresa y la autonomía de la voluntad de las partes con la tutela de lo que se denomina habitualmente la parte más débil del contrato –el distribuidor, en este caso–, a fin de corregir lo que se perciben como desequilibrios de poder entre fabricantes –proveedores en la terminología de la [PALCD](#)– y distribuidores, e impedir posibles comportamientos abusivos de dichos fabricantes.

En la visión de los contratos de distribución que parece inspirar la [PALCD](#), tales desequilibrios se manifiestan de manera intensa en la fase de formación de los contratos. De ahí que dedique su Título Segundo (arts. 5-9) a los requisitos de formalización de los contratos, a los derechos y

¹ El texto de dicha Propuesta se encuentra disponible en “Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución. Memoria explicativa del Borrador de Anteproyecto de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 2, La Ley, Madrid, 2008, pp. 287-298.

obligaciones de las partes en la fase precontractual, a la imposibilidad inicial y al error en la declaración de voluntad.

La comprensión y tratamiento de tales cuestiones se ve claramente afectada por tres dimensiones de carácter general relativas a los contratos de distribución: en primer lugar, el objetivo normativo de corregir el desequilibrio -presunto- entre proveedores y distribuidores y cómo las medidas jurídicas pueden cumplir tal objetivo; en segundo lugar, el carácter de contrato de larga duración y, normalmente, de duración indefinida de la relación; finalmente, el carácter esencialmente incompleto de este tipo de contratos. Sin un adecuado entendimiento de cómo estas tres dimensiones inciden en la problemática del régimen legal de los contratos de distribución y, en particular, en el régimen jurídico de la formación de estos contratos, no es fácil construir soluciones satisfactorias.

Por otro lado, parece igualmente necesario atender a las reglas generales del Derecho de contratos en la materia, incluyendo, de manera especial, los recientes instrumentos internacionales relativos a su formación, que reflejan, en buena parte, algunos consensos admitidos por el análisis jurídico del Derecho de contratos. En este sentido, el modo en que la PALCD se ha aproximado a tales cuestiones es cuestionable. En algunos casos, sus reglas se apartan, sin que se explice una razón poderosa para ello, de las reglas previstas para el Derecho de contratos en general por los [Principios UNIDROIT](#), los [Principios de Derecho Europeo de los Contratos \(PECL\)](#) y el [Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo -Draft Common Frame of Reference of European Private Law- \(DCFR\)](#). En otros casos, se limitan a reproducir, sin apariencia alguna de especialidad, las reglas básicas de formación de los contratos del Derecho contractual general. Desde este punto de vista, no parece lo más oportuno que una ley destinada a regular un ámbito particular, como lo es el de los contratos de distribución, sea la vía para introducir en nuestro ordenamiento jurídico principios básicos, internacionales y europeos, del Derecho de contratos, en paralelo al régimen del Código civil y del Código de comercio, con las dificultades de interpretación añadidas que dicha introducción podría acarrear -interpretación diferenciada de cuestiones contractuales que merecen el mismo trato-.

2. *El presunto desequilibrio de poder en los contratos de distribución y el papel del derecho de contratos*

Los contratos de distribución tienen por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes -el distribuidor- se obliga a adquirir de otra -el proveedor- bienes o servicios para comercializarlos de manera duradera o estable (art. 1 PALCD). Rutinariamente se considera que el distribuidor ocupa una posición más débil, subordinada, en la relación contractual. Y esta debilidad no constituye una mera constatación acerca de la dimensión empresarial típica de unos y otros contratantes en una relación de distribución, sino un rasgo definitorio de la fenomenología de estos contratos que impone o, al menos, aconseja, adoptar medidas jurídicas para su oportuna disciplina. Como pone de relieve la Memoria Explicativa de la PALCD, "si bien es cierto que [el distribuidor] consiente voluntariamente en insertarse en la red de distribución de

su proveedor, no lo es tanto que tenga intención de quedar atrapado definitivamente en ella. La experiencia demuestra que los distribuidores, con cierta frecuencia, forman parte del dilatado grupo de las pequeñas y medianas empresas que, a la hora de contratar, están en una posición subordinada respecto a sus proveedores o suministradores. En estos casos, parece necesario que el legislador corrija esta situación de desequilibrio contractual y trate de impedir los comportamientos abusivos de la parte dominante”.

Aun partiendo del presupuesto de que la constatación empírica es acertada y de que resulta deseable, en el plano normativo, una reducción de los desequilibrios de poder mediante herramientas de corrección y prevención de los potenciales abusos frente a la parte débil, la decisión de confiar de manera principal al Derecho de contratos esta tarea no está exenta de problemas². Desde el punto de vista del análisis económico de los efectos de las normas, la utilización del Derecho de contratos como mecanismo para alterar el equilibrio de poder –o el reparto del excedente contractual, por utilizar términos más frecuentes en la jerga del análisis contractual– entre los contratantes, se enfrenta a serios obstáculos. Si se usan para ello reglas redistributivas imperativas que, aunque favorables para la parte presuntamente débil, no aumentan el excedente contractual conjunto –el valor del contrato para ambas partes–, la opción puede ser arriesgada: por un lado, porque las partes pueden deshacer la redistribución de poder mediante la alteración de otros términos del contrato, señaladamente, el precio, explícito o implícito³; por otro lado, porque es posible que, en este intento de beneficiar a un grupo presuntamente desfavorecido, se le acabe perjudicando.

Veamos los argumentos con algo más de detalle. La alteración del equilibrio de poder preexistente entre las partes –y que determina que el valor positivo que genera la interacción entre ellas se reparta más o menos igualitariamente– puede resultar una tarea compleja cuando éstas pueden determinar, en el propio contrato, los términos y condiciones en que se desarrolla la relación contractual. Si una norma impone a favor de una parte –la más débil, en pro de una orientación reequilibradora o redistribuidora– un derecho contractual cuyo impacto positivo sobre el favorecido es menor que el coste de satisfacerlo para la otra parte, nos hallamos ante una medida que no es eficiente, pues no incrementa el bienestar conjunto de los contratantes. Pues bien, tal imposición legal va a comportar, de manera esperable, un reajuste de los términos de la relación –típicamente, el precio–, que va a perjudicar, precisamente, a quien la norma legal trataba de favorecer⁴.

Si una norma que pretende beneficiar a una parte en el contrato no incrementa a la vez el bienestar conjunto de los dos contratantes, el reajuste del precio y la cantidad que la seguirán producirán que, en el último extremo, se reduzca el bienestar de los pretendidos beneficiarios de la política redistributiva pro-parte. Al contrario, aunque los proveedores se beneficien también,

² Para KAPLOW/SHAVELL (1994, pp. 667-681; 2000, pp. 821-835), las normas jurídicas no resultarían útiles, con carácter general, para redistribuir la riqueza. En contra, JOLLS (2000), SANCHIRICO (2000, pp. 797-820; 2001, pp. 1003-1089).

³ DEMSETZ (1972, pp. 223-232), HAMADA (1976, pp. 228-234), BEBCHUK (1980, pp. 671-710).

⁴ Una ilustración de este argumento puede verse en GÓMEZ POMAR (2007, pp. 19 y ss.).

en términos netos, de una medida legal que provoca un incremento del valor conjunto del contrato, la medida tendrá efectos distributivos favorables, pues mejorará la situación de los distribuidores.

El razonamiento anterior se apoya en el supuesto de que los distribuidores son una población homogénea en términos de su valoración de los derechos o deberes contractuales que el sistema jurídico pueda establecer. Cuando, por el contrario, los derechos o deberes incrementados se valoran de forma distinta, el análisis es más complejo y ambiguo, pues en el grupo de distribuidores podrá haber ganadores y perdedores.

Una regla pro-distribuidor que no incrementa el bienestar conjunto puede beneficiar, bajo determinadas circunstancias, al conjunto de distribuidores. Así sucede cuando la reducción de la cantidad contratada es poco importante y la valoración de los derechos o deberes incrementados por parte del contratante marginal es menor a la de los contratantes inframarginales⁵. En este caso, aunque la regla impuesta sea ineficiente, los distribuidores como grupo –pero no todos ellos– estarán mejor a costa de los proveedores, quienes no podrán recuperar el impacto de la nueva regla sobre los costes de producción o de otra clase mediante un incremento en el precio u otras mejoras en las prestaciones que reciben⁶.

No obstante esta posibilidad, lo cierto es que las intervenciones ineficientes en un contrato no suelen ser de manera general opciones atractivas dentro de las políticas de redistribución. Tales intervenciones suelen producir, con una probabilidad mayor, redistribuciones internas regresivas dentro de la población que se trata de favorecer, en nuestro caso, los distribuidores. Las normas que reducen el bienestar conjunto de las partes tienden, por un lado, a imponer una carga superior sobre los contratantes marginales, que son, generalmente, quienes merecen en mayor medida la redistribución a su favor; y, por otro lado, tienden a favorecer mayormente a los inframarginales, quienes, incluso con anterioridad a la medida, ya obtenían una mayor fracción del excedente contractual. Además, para que una redistribución mediante normas contractuales que no incrementan el valor del contrato resulte efectiva, se deben cumplir una serie de requisitos muy restrictivos y exigentes. En particular, el legislador necesita información detallada sobre la distribución de valoraciones en la población afectada. Si dicha información no se encuentra disponible, una regla ineficiente derivará, probablemente, en un resultado distributivo no deseable, esto es, que al final terminará perjudicando a aquellos a quienes pretende favorecer.

⁵ Los contratantes marginales son aquellos situados a lo largo de la curva de demanda en el precio de equilibrio mientras que, los inframarginales, están situados sobre la curva de demanda. La valoración del contratante marginal determina el precio de equilibrio que deben pagar por igual, siempre que no haya discriminación de precios, todos los contratantes.

⁶ CRASWELL (1991, pp. 377 y ss.), SANCHIRICO (2001, p. 1046).

3. Cooperación contractual en relaciones de larga duración

Una de las cuestiones básicas en la comprensión de la vida social y económica –y una que ha recibido máxima atención en la teoría económica de los últimos años– es la relativa a los factores que explican la cooperación entre los individuos y los mecanismos que la canalizan. En economía, el primer mecanismo que viene a la cabeza es el mercado. Pero no en el sentido de cualquier interacción económica de bienes o servicios a cambio de un precio, sino en el sentido, mucho más restrictivo, de mercado perfectamente competitivo, con muchos ofertantes, muchos demandantes, productos homogéneos e información perfecta. Bajo estas rigurosas condiciones, el mercado constituye un excelente mecanismo de cooperación, pues las acciones, descoordinadas de por sí, de los ofertantes y demandantes, conducen al mejor resultado posible para todos.

Sin embargo, la mayoría de las interacciones contractuales –y, desde luego, las más relevantes jurídicamente– no encajan en esta estrecha caracterización de los mercados competitivos: por ejemplo, las conductas no son homogéneas ni estandarizadas, y se prolongan en el tiempo; las partes no están bien informadas de las consecuencias de sus acciones en el seno del contrato, o hay muy pocas posibles contrapartes contractuales. Si así son las cosas, ya no será posible confiar a priori y de manera general en que las acciones descoordinadas de los agentes, sumadas todas, acaben en un resultado deseable desde el punto de vista del bienestar social. Los factores que mueven a las partes en esa interacción contractual a cooperar no pueden ser, entonces, los de la mano invisible del mercado, sino que deben ser de otra naturaleza.

Piénsese en un ejemplo como éste: un contrato de colaboración entre una gran compañía farmacéutica y varias pequeñas Start-ups biotecnológicas. El contrato incluye, no sólo el desarrollo de investigación adicional sobre aplicaciones de las invenciones patentadas por las Start-ups, sino también el diseño y ejecución de ensayos clínicos y de todo lo necesario para comprobar la eficacia y seguridad de los productos derivados de aquellas invenciones.

El contrato se refiere a conductas multidimensionales, no fáciles de medir ni de estandarizar, se proyecta sobre un futuro de resultados inciertos –cambios tecnológicos, regulatorios, etc.– y supone un notable intercambio de información propia –esto es, no conocida por la otra parte– para poder facilitar, o posibilitar incluso, la realización de las conductas contractuales. Además, las partes han de realizar inversiones –equipos de investigación *ad hoc*, realización de pruebas y ensayos preclínicos y clínicos sobre ciertas sustancias– que tienen poco o ningún valor fuera de esa específica relación contractual,

Dadas estas características de la relación, las partes son vulnerables a la posibilidad de conductas no cooperativas por parte del otro contratante: por ejemplo, las Start-ups pueden temer que la gran compañía no desarrolle productos de aplicación, sino que aproveche la información y el know-how recibido para poder desarrollar invenciones competidoras. O la compañía farmacéutica puede temer que las patentes puedan ser invalidadas por causas que conocen las otras partes, o que éstas no aporten suficientemente al desarrollo de las aplicaciones, de modo que el resultado final esperado –conseguir medicamentos comercializables– no se alcance. Por

ello, elegir bien la contraparte, y conseguir que ésta coopere adecuadamente, son esenciales para el interés de las partes, de modo que si no hay suficientes garantías de conseguirlo, las partes preferirán no contratar.

Estos problemas de cooperación contractual, que los impulsos del mercado no pueden resolver por sí solos, se producen de manera clara en los contratos de distribución. Las causas subyacentes se dan igualmente: complejidad y multidimensionalidad de las conductas a cargo de las partes – van mucho más allá de entregar un producto estándar y pagar un precio perfectamente competitivo-; proyección hacia el futuro; importancia de la incertidumbre acerca de las condiciones -de coste, de demanda, de entrada de productos y servicios competidores- en las que tendrá que desarrollarse la relación; relevancia de las inversiones que las partes pueden acometer para incrementar el excedente contractual, pero a la vez vulnerables, pues las inversiones pierden valor, acaso por completo, fuera de la relación contractual de distribución (piénsese en el ejemplo evidente de la rotulación o cartelería pagada por el distribuidor sobre los productos del proveedor, y que queda inservible si el contrato acaba).

A pesar de tales obstáculos, se observa que estos contratos -de distribución y, en general, de cualquier clase fuera de contratos perfectamente competitivos- se celebran en la realidad económica y social, y los contratantes de ordinario actúan de forma cooperativa. ¿Cuáles son los factores que les mueven a ello? Para un jurista, la respuesta más inmediata está en el sistema jurídico: el art. 1091 CC, que da fuerza jurídicamente vinculante a los contratos, y la previsión de reglas jurídicas que establecen deberes de conducta para los contratantes, en función del tipo contractual, y que establecen remedios jurídicos frente al incumplimiento de tales deberes.

Sin duda, la previsión de conductas contractuales en un acuerdo jurídicamente vinculante – aunque con los límites que se examinarán en el apartado siguiente- y las reglas legales – imperativas o dispositivas- que rigen las conductas de los contratantes creando deberes de actuación cooperativa y sancionando las actuaciones no cooperativas, constituyen factores muy relevantes para promover la cooperación, en el ámbito de la distribución y en otros en los que la necesidad de proveer de incentivos a la cooperación es igualmente apreciable.

Sin embargo, en las relaciones contractuales de larga duración –lo que incluiría a los contratos de distribución- muchos analistas han puesto de relieve que existen otros mecanismos que explicarían en mayor medida el por qué los contratantes actúan de manera cooperativa en pro del interés común de ambas partes. Algunos piensan que la existencia de sistemas informales de relación y contacto entre los contratantes, basados en la confianza, la reputación y la reciprocidad, son fundamentales para excluir habitualmente los comportamientos no cooperativos de las partes⁷. Otros piensan que son las redes sociales y las normas sociales las decisivas para asegurar la cooperación entre empresarios⁸. Otros tienden a resaltar los reflejos

⁷ MACAULEY (1963, pp. 55-67), MACNEIL (1978, pp. 854-905).

⁸ BERNSTEIN (1992, pp. 115-157), BERNSTEIN (2001, pp. 1724-1790), GREIF (2005).

innatos de equidad recíproca que los psicólogos experimentales han descubierto como un rasgo que permea el comportamiento humano⁹.

Lo cierto es que una buena parte de la evidencia empírica que sustenta estas teorías explicativas de la cooperación en relaciones de larga duración se refiere a entornos de relación relativamente cerrados y reducidos, por lo que su generalización a entornos empresariales amplios y desarrollados suscita algunas dudas.

Por su parte, los economistas y los juristas con inspiración económica han destacado en este ámbito de contratos de larga duración y, en particular, en los contratos de distribución, cómo los incentivos al comportamiento cooperativo de aquella parte contractual son más difícilmente controlables por otros medios (sean los reputacionales, sean los jurídicos en sentido estricto) y vienen dados en buena medida por el temor a perder las quasi-rentas futuras que esa parte obtiene de la relación y que se perderían sin la misma¹⁰: si los términos del contrato son tales que el distribuidor (concesionario, franquiciado, etc.) confía en obtener quasi-rentas -rendimientos económicos de un recurso o inversión superiores al valor de los mismos en otro uso alternativo-, esta parte contractual tiene un motivo poderoso para permanecer en el contrato y para evitar conductas no cooperativas que pudieran inducir a la contraparte a poner fin a la relación. Una fuente crucial de estas quasi-rentas para el distribuidor en el contrato de distribución nos la dan las inversiones específicas -no trasladables, conservando su valor, a otra relación u otra cadena de distribución- y la posibilidad de perder el retorno económico diferido de tales inversiones.

Es evidente que todos estos factores de cooperación en las relaciones de larga duración y, en concreto, en los contratos de distribución, no son suficientes para asegurar siempre y, acaso, ni siquiera de modo general, los niveles deseables de cooperación contractual sin el auxilio de los mecanismos basados en el sistema jurídico formal -contratos vinculantes, tribunales de justicia que imponen los deberes de conducta y las consecuencias jurídicas por su infracción-. Sin embargo, su presencia no es desdeñable y su contribución positiva en estos ámbitos tampoco lo es, de modo que la eficacia de los mismos no debiera verse perturbada por la presencia de los mecanismos jurídicos. En otras palabras, en el diseño de las normas y mecanismos jurídicos para incentivar las conductas contractuales deseables en las relaciones de distribución es preciso contar con esos otros factores positivos de cooperación (confianza, reciprocidad, redes y normas sociales y, sobre todo, la presencia de quasi-rentas y su relación con la terminación de la relación) para que los primeros no desactiven o incidan negativamente en la eficacia de los segundos.

El régimen jurídico de los contratos de distribución no opera, pues, en un vacío de instituciones y mecanismos de cooperación, y la relación entre los mismos es esencial para entender el papel y mejorar los efectos del régimen legal sobre las conductas reales y efectivas de los contratantes dentro de tales contratos.

⁹ SCOTT (2003, pp. 1641-1699).

¹⁰ El análisis pionero es de KLEIN/LEFFLER (1981, pp. 615-641). Entre nosotros, PAZ-ARES (1997; 2003, pp. 30-62).

4. Carácter incompleto de los contratos de distribución

El último de los factores generales precisos para el entendimiento adecuado del régimen jurídico de los contratos de distribución es el del carácter incompleto de los mismos. Presupuesto el carácter jurídicamente vinculante de los contratos, si los contratantes pudieran prever, minuciosamente y exactamente, todas las circunstancias que pueden surgir a lo largo de la relación, y ordenar en el contrato cuál es la mejor solución, el mejor comportamiento en esa situación de uno u otro contratante, o de ambos, estaríamos ante lo que en la literatura económica se conoce con el nombre de contrato completo. Y si los tribunales de justicia pudieran *ex post* verificar cuál es la contingencia realmente acaecida, les bastaría con imponer la conducta ordenada por las partes para que tuviéramos los mejores incentivos imaginables y las máximas garantías de comportamientos cooperativos de los contratantes y de obtención de los mejores resultados para el bienestar social¹¹. Aquí daría igual que la duración fuera más o menos larga, o que la relación contractual fuera más o menos compleja pues, ante un contrato completo, el Derecho de contratos podría forzar de forma óptima la cooperación de las partes mediante la imposición de sanciones jurídicas.

Ahora bien, en la práctica no existen contratos completos, ni en el ámbito de los contratos de distribución ni en ningún otro. Las limitaciones cognitivas de los contratantes, los costes de transacción que dificultan o impiden la adopción de acuerdos, así como la asimetría de información entre las partes y, en su caso, entre éstas y posibles observadores externos que deben resolver sobre el contrato, hacen que los contratos –incluso aquéllos que vinculan a contratantes expertos y sofisticados– no puedan anticipar todas las circunstancias o contingencias que podrían afectar a la relación contractual en el futuro, ni ofrecer, para cada una de ellas, la mejor solución para el excedente contractual conjunto.

Los contratos de distribución constituyen un claro ejemplo de contratos incompletos. Más aún, su característica prolongación dilatada en el tiempo incrementa todavía más el número, la influencia, la complejidad y las dificultades y costes en anticipación de posibles contingencias. Los contratos de distribución suelen incluirse, asimismo, en la categoría de “contratos relacionales” (*relational contracts*)¹² pues, en el momento de su firma, las partes no pueden prever ni especificar todos sus comportamientos relevantes. Tales comportamientos necesitarán, con mucha frecuencia, diseñarse y adoptarse a lo largo de la relación, no en función de lo que establezca el contrato o el Derecho de contratos, sino con base en otra clase de incentivos, personales o institucionales¹³.

¹¹ De hecho, se puede acreditar formalmente que el contrato completo supone una situación ideal para el bienestar de ambos contratantes, esa situación que los economistas conocen con la denominación de óptimo de Pareto.

¹² Para una definición de “*relational contract*”, véanse, entre otros, HADFIELD (1990, p. 929), FOX/SU (1995, p. 246), GOETZ/SCOTT (1981, p. 1091).

¹³ Para SCOTT (2003, p. 1644), cuando las partes contratantes pueden crear mecanismos informales eficientes para hacer frente a los problemas derivados de la ocultación de información, redactan, de forma deliberada, acuerdos

En esta clase de contratos, la incertidumbre jugará un papel muy importante sobre determinadas variables económicas (demanda, costes, situación competitiva) y de negocio y, asimismo, sobre los comportamientos denominados “de confianza” (actitudes cooperativas, esfuerzo de promoción, mantenimiento de patrones de calidad intangibles, etc.), cuyo cumplimiento o incumplimiento será difícilmente verificable por un juez o un árbitro, o controlable mediante normas o procedimientos jurídicos, si bien ello no impedirá el recurso a otros remedios alternativos a los previstos en el Derecho de contratos frente al incumplimiento (por ejemplo, la inclusión de cláusulas que reducen los beneficios, e incrementan los costes, de la parte que se desvía del modelo del comportamiento cooperativo, entre otros).

De nuevo, la dimensión general –el carácter incompleto del contrato– conviene que encuentre proyección adecuada en el entendimiento del régimen jurídico. En los contratos de distribución nos hallamos de plano en el ámbito de las relaciones abiertas e incompletas, en las cuales ni el intercambio de información previo a la celebración del contrato y la adquisición de información que puedan hacer los contratantes, ni los términos del propio contrato, ni el régimen legalmente dispuesto para esta clase de relaciones contractuales, permiten contemplar todas las contingencias que pueden suscitarse en el curso de la relación, ni tampoco hallar de manera simple o, aún menos, casi automática, las mejores previsiones para tales circunstancias.

5. *Forma de los contratos de distribución*

Desde un punto de vista jurídico, la forma de los contratos se suele entender como el medio de expresión que la ley o la propia voluntad de los particulares imponen para exteriorizar el acuerdo contractual. En otros términos, es el medio de que se sirven las partes para poder emitir sus declaraciones de voluntad y darlas a conocer a sus destinatarios¹⁴.

En Derecho español, al igual que en la mayoría de los sistemas actuales de Derecho privado, rige el principio general de libertad de forma (art. 1278 CC y 51 CCom), que complementa, a su vez, al principio general de consensualismo contractual (art. 1258 CC). Ahora bien, de manera no excepcional, la ley o las propias partes contractuales pueden exigir que el contrato se celebre por escrito.

Los contratos de distribución se han configurado tradicionalmente como contratos consensuales con independencia de la forma en que las partes hubieran expresado su consentimiento¹⁵. La

incompletos. En este sentido, la reputación y la disciplina de las interacciones repetidas pueden incentivar la cooperación eficiente de las partes [véanse KLEIN (1996, pp. 449-450) y SCOTT (1987)].

¹⁴ DÍEZ-PICAZO (2007, pp. 287-290).

¹⁵ Véase la STS, 1^a, 27.9.1996 (RJ 1996\6646) y, en la jurisprudencia menor más reciente, las SSAAPP Málaga 16.2.2007 (AC 2007\862); Las Palmas 19.2.2007 (JUR 2007\152529); Valencia 16.3.2007 (AC 2007\1554); Madrid 31.5.2007 (JUR 2007\259866); Madrid 27.7.2007 (JUR 2007\331302); Madrid 5.11.2008 (JUR 2008\40434); Madrid 9.11.2008 (AC 2008\81).

PALCD no impone directamente el deber de documentar el contrato, pero faculta a cualquiera de los contratantes a “exigir, en el momento de la celebración del contrato o con posterioridad, que el contrato y sus modificaciones o adiciones consten por escrito, firmado por todos ellos, y que se le entregue un ejemplar” (art. 5.1 PALCD), desplazando sobre la parte que incumpla este requerimiento la carga de probar el contenido del contrato (art. 5.2 PALCD). En estos casos, se habrá de estar al contenido del documento escrito “para dilucidar las cuestiones que se planteen sobre su ejecución o cumplimiento, sin admitir más excepciones que las de falsedad o error material en su redacción” (art. 5.3 PALCD).

Las exigencias de la PALCD en este ámbito parecen excesivas por varias razones:

- En primer lugar, porque los requisitos de forma casan mal con el papel de la reputación y de los incentivos informales que, en los contratos de larga duración e incompletos, juegan un papel muy relevante a fin de alcanzar la cooperación entre las partes (vid. el apartado 3 de este trabajo).
- En segundo lugar, porque la PALCD parece ignorar que, en la práctica, el grado de formalización de esta clase de contratos es extremadamente variado. Aunque la complejidad de su contenido pueda aconsejar muchas veces la forma escrita¹⁶, ello no obsta a que los contratos de distribución, ya sea en su modalidad de contratos de concesión, franquicia o distribución selectiva, puedan adoptar la forma de simples pactos verbales¹⁷.
- En tercer lugar, porque, en relación con las exigencias de firma y entrega de un ejemplar del contrato, la PALCD parece reiterar, sin especialidad alguna, el régimen de control de incorporación que prevé el art. 5 de la [Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación](#) (en adelante, [LCGC](#)). En muchos casos y, sobre todo, cuando la red de distribución del proveedor esté muy asentada y desarrollada, la celebración del contrato de distribución no irá precedida de una negociación previa y el contrato aparecerá como de adhesión del distribuidor a unas condiciones contractuales –condiciones generales en el sentido del art. 1 [LCGC](#)– que han sido redactadas previa y unilateralmente por el proveedor con la finalidad de estandarizar los comportamientos de los distribuidores que integran su red de distribución¹⁸. Para que tales condiciones pasen a formar parte del contrato será necesario, como establece ahora también la PALCD, que el adherente acepte su incorporación al mismo y que sea firmado por todos los contratantes. No podrá entenderse que ha habido aceptación cuando el predisponente no haya informado expresamente al

¹⁶ De hecho, la forma escrita podrá venir impuesta por el propio contenido de las prestaciones. Así, el contrato de distribución que pudiera contener –entre otras distintas– una licencia de patente, deberá estar a las formalidades exigidas por los arts. 74.2 y 79.2 de la [Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad](#). O, lo que probablemente es más común, si en el contrato de distribución se incluyera una licencia de marca, se tendría que observar lo dispuesto en el art. 46.3 de la [Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas](#).

¹⁷ En este sentido, MORALEJO MENÉNDEZ (2007, p. 175); SSTS, 1^a, 4.7.1994 (RJ 1994\6424); 20.1.2000 (RJ 2000\112); 5.12.2007 (RJ 2007\8906).

¹⁸ Véanse, sobre el carácter de contrato de adhesión, entre otras, las STS, 1^a, 26.4.2004 (RJ 2004\2714) y SSAAPP León 29.4.2004 (JUR 2004\186010); Madrid 1.3.2007 (JUR 2007\150797); Barcelona 28.3.2007 (AC 2007\796).

adherente acerca de la existencia de las condiciones generales y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas (art. 5.1 LCGC¹⁹).

- Finalmente, porque la regulación de la PALCD parece presumir una suerte de cláusula de integración (*merger clause, integration clause o entire agreement clause*) con carácter general. En la fase inicial de la celebración de un contrato de distribución, las partes, por las razones que ya se han examinado, no disponen de información suficiente para celebrar un contrato definitivo y completo. Por ello, suelen documentar sus acuerdos parciales en memorandos de entendimiento, cartas de intenciones u otros acuerdos preliminares. Mediante la inclusión de una cláusula de integración, las partes declaran que el contrato constituye su acuerdo final, que contiene un acuerdo completo sobre todos los términos negociados y que no se han realizado manifestaciones o promesas distintas a las previstas por aquél. De este modo se excluyen otros medios de prueba extrínsecos que puedan complementar o contradecir los términos del contrato²⁰ y se evita que la voluntad de las partes pueda ser interpretada sobre la base de negociaciones o acuerdos previos o provisionales anteriores a su celebración²¹.

La presunción que parece establecer la PALCD no casa, sin embargo, con las reglas generales en materia contractual previstas en los modelos internacionales y, en particular, en los arts. 2.1.17 Principios UNIDROIT²², 2:105 PECL y, en idénticos términos, II. – 4:104 DCFR²³, que sólo permiten excluir otros medios de prueba cuando la cláusula de integración ha sido específicamente acordada por las partes.

¹⁹ Para RUIZ PERIS (2000, pp. 134-135), el art. 5 LCGC no resulta de gran utilidad en sede de contratos de distribución pues, en la práctica, este tipo de contratos ya se suelen estipular por escrito, suelen incorporar las condiciones generales y suelen incluir la firma de ambas partes contratantes.

²⁰ En los EUA, proveedores y franquiciadores pueden incluir cláusulas de integración en sus contratos de distribución y franquicia, y el juez puede aplicar, asimismo, la denominada *parole evidence rule* (arts. 2-202 (b) del Uniform Commercial Code (UCC) y 213 del Restatement (Second) of Contracts), según la cual sólo se puede exigir el cumplimiento del contrato, pero no de las negociaciones o promesas orales que se hubieran realizado con anterioridad [véanse algunas excepciones a la aplicación de la *parole evidence rule* en UAW-GM Human Resource Center v. KSL Recreation Corp. (228 Mich.App. 486, 579 N.W.2d 411, Mich.App., 1998); It's Just Lunch International, LLC v. Polar Bear, Inc., Bus. Franchise Guide (CCH) 12,819 (S.D. Cal. April 29, 2004); In re Kramek Estate (268 Mich.App. 565, 710 N.W.2d 753 Mich.App., 2005) y McKind v. Palms Investments, L.L.C. (2007 WL 1342557)].

²¹ Sobre las funciones de las cláusulas de integración, véanse SERRANO FERNÁNDEZ (2005, p. 75), PERALES VISCASILLAS (1998), PEDEN/CARTER (2006).

²² “Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito”.

²³ “(1) Si un contrato escrito contiene una cláusula negociada de manera individual que establece que en el texto constan todos los términos del contrato (cláusula de integridad), cualesquier otras declaraciones, compromisos o acuerdos previos no incluidos en el escrito no forman parte del contrato.

(2) Una cláusula de integridad que no se haya negociado de manera individual, únicamente permite presumir que las partes pretendían que sus declaraciones, compromisos o acuerdos anteriores no formaran parte del contrato. La presente regla no puede excluirse ni restringirse.

(3) Las declaraciones anteriores de las partes pueden utilizarse para interpretar el contrato. Esta regla sólo puede excluirse o restringirse a través de una cláusula negociada de manera individual.

(4) Las declaraciones o el comportamiento de una parte pueden provocar la pérdida del derecho a alegar una cláusula de integridad si la otra parte se ha basado en ellos de manera razonable”.

6. *Deberes de información precontractual*

La información que las partes puedan obtener durante la fase de formación de los contratos garantiza que la prestación del consentimiento se realiza con conocimiento de las condiciones del negocio al que se pretenden incorporar. De ahí que, en esta fase, surjan deberes de información y de comportamiento leal que tratan de proteger a aquella de las partes que se halla en desventaja informativa y corregir las desigualdades informativas que pudieran derivarse de la falta de formación, de la inexperiencia negocial, etc.²⁴ En los contratos de distribución, el carácter abierto e incompleto de su contenido, la complejidad de los comportamientos contractuales, la dependencia funcional y el nivel de integración empresarial que resulta de su celebración, hacen que las declaraciones y comportamientos de las partes tengan un papel muy importante en esta fase. El proveedor necesita disponer de información sobre el potencial distribuidor para proceder, en su caso, a su selección. El distribuidor, por su parte, ha de poder conocer las características del negocio al que pretende incorporarse, la estructura y la extensión de la red de distribución del proveedor, su capacidad económica y financiera, los rendimientos esperables como miembro de la red de distribución, etc.

Las primeras aproximaciones del legislador español en sede de franquicia se centraron, precisamente, en la tutela del franquiciado en la fase precontractual²⁵. Todos aquellos que pretendieran licenciar su modelo empresarial quedaban sujetos al cumplimiento de una serie de deberes precontractuales, entre otros, un deber de información que se regularía, específicamente, en el art. 62.3 LOCM²⁶, desarrollado reglamentariamente por el art. 3 RD 2485/1998²⁷. La

²⁴ En este sentido, LLOBET I AGUADO (1996, p. 41), MAYORGA TOLEDANO (2007, p. 81); MORALEJO MENÉNDEZ (2007, pp. 159 y ss.); RUIZ-RICO RUIZ (2008, pp. 103 y ss.).

²⁵ Para un análisis de las disposiciones normativas en materia de revelación precontractual de información, véase "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional", redactada en Roma en el 2005 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Las disposiciones que han tenido una mayor influencia en este ámbito han sido las adoptadas en los EUA. A nivel federal, la "Norma sobre Requisitos de la Revelación y Prohibiciones Concernientes a la Franquicia y Empresas de Oportunidad Comercial" de la *Federal Trade Commission* (FTC) de 1979 (*Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures* -también conocida como *Franchise Rule*-, 16 C.F.R. § 436). En Europa destacaría, por ser la primera regulación europea de franquicias y por la enorme influencia que tuvo en la legislación española, la Ley nº 89-1008, relativa al desarrollo de empresas comerciales y artesanales y a la mejora de su entorno económico, jurídico y social (*Loi nº 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social*), más conocida como la Ley Doubin, posteriormente desarrollada por el Decreto del gobierno nº 91-337 de 4 de abril de 1991 (*Décret nº 91-337 du 4 avril 1991 portant application de l'article 1er de la loi nº 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social*).

²⁶ "(...) [C]on una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias".

Disposición Derogatoria de la PALCD deroga tales normas, aunque mantiene la obligación de que las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar la actividad franquiciadora en España se inscriban en un registro administrativo, nacional o autonómico.

Los deberes de información precontractual se regulan ahora de forma muy intensa, extensa y formal en la PALCD:

- Las partes deben entregarse por escrito toda la información necesaria para poder obligarse con conocimiento de causa (art. 6.1 PALCD). A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos –señaladamente, en los EUA–, sólo se impone la forma escrita, sin que sea necesaria la utilización de formularios tipo. Ello, sin embargo, habría favorecido la transparencia del mercado, habría permitido una mayor comparabilidad de opciones y habría generado un mayor nivel de certeza respecto del cumplimiento de las obligaciones por parte de los distribuidores.
- La entrega de información debe realizarse con, al menos, un mes de antelación desde la fecha de la celebración del contrato –se amplía, por tanto, el plazo de veinte días de los arts. 62.3 LOCM y 3 RD 2485/1998–. Dicho periodo de tiempo es, sin duda, más que suficiente para

²⁷ “Con una antelación mínima de veinte días a la firma del contrato o precontrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador o franquiciado principal deberá dar por escrito al potencial franquiciado la siguiente información veraz y no engañosa:

- a. Datos de identificación del franquiciador: nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el Registro de Franquiciadores, así como, cuando se trate de una compañía mercantil, capital social recogido en el último balance, con expresión de si se halla totalmente desembolsado o en qué proporción y datos de inscripción en el Registro Mercantil, cuando proceda.
Cuando se trate de franquiciadores extranjeros, además, los datos de inscripción en los registros de franquiciadores a que vengan obligados, de acuerdo con las leyes de su país o Estado de origen. De tratarse de franquiciado principal se incluirán, además, las circunstancias anteriores respecto de su propio franquiciador.
- b. Acreditación de tener concedido para España, y en vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora; y de los eventuales recursos contra aquéllos, 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, éstas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados.
- f. Estructura y extensión de la red en España, que incluirá la forma de organización de la red de franquicia y el número de establecimientos implantados en España, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operen bajo el régimen de cesión de franquicia, con indicación de la población en que se encuentren ubicados y el número de franquiciados que hayan dejado de pertenecer a la red en España en los dos últimos años, con expresión de si el cese se produjo por expiración del término contractual o por otras causas de extinción.
- g. Elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los derechos y obligaciones de las respectivas partes, duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo, contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia”.

que el potencial distribuidor o franquiciador puedan reflexionar sobre las condiciones del contrato y tomar, en su caso, decisiones razonadas.

- Se debe facilitar *toda* la información necesaria para que puedan obligarse con conocimiento de causa y, en especial²⁸: (i) la identificación de los contratantes y los datos económicos y jurídicos de sus establecimientos mercantiles; (ii) las características de la actividad de distribución, titularidad de los signos distintivos²⁹ y estructura y extensión de la red de distribución en España (iii) los elementos y contenido del contrato y, en particular, derechos y obligaciones de las partes, pactos de exclusividad, restricciones impuestas a la actividad del distribuidor, causas y condiciones de resolución y efectos de la extinción del contrato. No es necesario informar, en cambio, de la relación pormenorizada de clientes y las condiciones comerciales aplicables a cada uno de ellos (art. 6.2 PALCD).

Cuando una de las partes haya entregado, con anterioridad a la firma del contrato, una cantidad de dinero para integrarse en la red y obtener la reserva de una zona, los deberes de información precontractual se hacen especialmente intensos, pues deben precisarse por escrito las prestaciones garantizadas como contrapartida y las obligaciones recíprocas de las partes en caso de que el contrato no llegue a celebrarse (art. 6.4 PALCD).

En cualquier caso, el incumplimiento del deber de indemnización facultará a la parte víctima del incumplimiento a exigir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos (art. 6.5 PALCD).

La información, además de veraz y no engañosa, debe estar fundada (art. 6.2 PALCD), esto es, debe corresponderse con la realidad en el momento en que se realiza la oferta contractual, no puede inducir a error al potencial distribuidor o franquiciado y ha de estar basada en datos o en apreciaciones razonablemente objetivables. Cuando, como consecuencia de la falta de veracidad, del carácter engañoso o del carácter infundado de la información el potencial distribuidor o franquiciado presten su consentimiento, entrarán en juego, en su caso, la responsabilidad por culpa *in contrahendo* y la anulabilidad por error (art. 1266 CC).

En sede de franquicia no es infrecuente que, para la realización de la oferta, se utilice publicidad de captación. Esta publicidad queda sujeta, sin duda, al régimen de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de publicidad (en adelante, LGP). El incumplimiento por el franquiciador del deber de elaborar y transmitir una información no

²⁸ El contenido de la información que deben prestarse las partes en la fase precontractual no difiere del que ya regulaba el art. 3 RD 2485/1998. Para un análisis exhaustivo del contenido de esta información bajo el régimen de este precepto véase, por todos, RUIZ PERIS (2000, pp. 175-214).

²⁹ La redacción de la PALCD salva la incorrección terminológica del art. 3 RD 2485/1998 en sede de signos distintivos al referirse a la “titularidad” de los mismos y no al “título de propiedad”, pues el titular del signo distintivo no es propietario en sentido estricto sino titular de un derecho de exclusiva sobre el mismo que permite diferenciarlo de los productos o servicios propios o de otros competidores. En cualquier caso, dicha información no parece guardar relación con los problemas planteados al potencial franquiciador en el período precontractual, pues éste podría comprobar tales extremos mediante una consulta en la Oficina Española de Patentes y Marcas.

engañoso permitirá recurrir a las acciones de cesación y rectificación previstas en los arts. 25 y ss. [LGP](#), sin perjuicio de otras acciones civiles (art. 32 [LGP](#)). Si el engaño no se produjera mediante el uso de medios publicitarios, podría ser calificado de acto de competencia desleal (art. 7 de la [Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal](#); en adelante, [LCD](#)). En estos casos, podrían interponerse las acciones declarativas de la deslealtad del acto, de cesación o prohibición del mismo, de remoción de los efectos producidos por el acto, de rectificación, de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa, que incluye la posibilidad de solicitar la publicación de la sentencia (art. 18 [LCD](#)) como medida de resarcimiento de daños.

Como ya hiciera el art. 4 [RD 2485/1998](#)³⁰, se mantiene el deber de confidencialidad absoluta sobre la información recibida, incluso aunque el contrato no llegue a celebrarse (art. 6.3 PALCD). Sin embargo, la norma parece del todo innecesaria pues, en virtud del principio de libertad de pactos del art. 1255 [CC](#), proveedor y distribuidor pueden incorporar en sus contratos cualquier tipo de pacto, siempre que no sea contrario a la ley, a la moral y al orden público. El incumplimiento de este deber podrá generar responsabilidad precontractual por incumplimiento del deber de confidencialidad acordado en la fase de negociaciones o responsabilidad contractual si se hubiera incorporado posteriormente al contrato. Asimismo, en caso de que la información revelada por el distribuidor tuviera la consideración de secreto empresarial y concurrieran las circunstancias exigidas por los arts. 13 y 14 [LCD](#), el proveedor podría ejercer las acciones del art. 18 [LCD](#).

A la vista de todo lo anterior, el régimen de deberes precontractuales previstos por la PALCD parece también excesivo. En primer lugar, porque la formalidad y la minuciosidad de las exigencias de la PALCD casan mal con el papel destacado de la reputación y de los incentivos formales típicos en los contratos de larga duración (vid., sobre esta cuestión, *supra* apartado 3).

En segundo lugar, porque tales exigencias parecen no corresponderse bien con las previsiones del art. II. – 3:101 [DCFR](#)³¹, para el cual el deber de información en los contratos B2B –como los de distribución– sólo alcanza las expectativas razonables de la otra parte y de acuerdo con criterios de normalidad en el mercado en tales circunstancias. El nivel de exigencia de la PALCD se aproxima, en cambio, al de las actividades de promoción y marketing de las empresas para los

³⁰ “El franquiciador podrá exigir al potencial franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir del franquiciador”.

³¹ “(1) Con anterioridad al cierre del contrato para el suministro de bienes o servicios por un empresario a otra persona, el empresario tiene el deber de revelarle aquella información relativa a los bienes o servicios que pueda razonablemente esperar, tomando en consideración los estándares de calidad y cumplimiento normales según las circunstancias.

(2) Al evaluar la información que la otra parte puede esperar razonablemente que sea revelada, el test que se debe aplicar, si la otra parte es también un empresario, es si el fallo al proporcionar la información se desviaría de la buena práctica comercial”.

consumidores que prevé el art. II. – 3:102 DCFR³². Este acercamiento puede, acaso, justificarse en supuestos en los cuales el distribuidor se aproxima material y económicamente a un inversor en empresa ajena –el pequeño franquiciado–, aunque esté realizando a la vez actividad empresarial por cuenta propia. En otros casos, la práctica equiparación de niveles de exigencia en materia de provisión de información resulta francamente criticable.

Finalmente, porque la regla de responsabilidad precontractual en caso de contrato fallido y omisión de información debida no supone la aplicación de principios bien asentados, ni en sede de deberes de información, ni en sede de responsabilidad precontractual, ni en sede de dolo *in contrahendo* en relación con el incumplimiento contractual. El art. 6.5 PALCD anuda la responsabilidad por los daños y perjuicios causados a la otra parte al incumplimiento del deber de información –en apariencia, cualquiera que sea el alcance de tal incumplimiento-. La infracción de los deberes precontractuales de información determina con carácter general la responsabilidad precontractual de la parte infractora por los daños que hubiere podido ocasionar a la otra parte, siempre que la confianza en la validez del negocio celebrado esté justificada (vid., sobre la responsabilidad precontractual, *infra* apartado 7). La indemnización debida en estos casos se corresponde, en principio, con el interés contractual negativo. Ahora bien, si hubiere mediado dolo –lo que incluye sin duda la reticencia dolosa y, muy probablemente, la atribución temeraria e infundada– serán igualmente aplicables los arts. 1270.2, 1101 y 1107.II CC, siendo procedente entonces, como señaló hace ya tiempo algún sector de la doctrina, la indemnización del interés positivo³³. La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo se muestra hoy, en esta línea, abiertamente partidaria de canalizar –o de permitirlo, cuanto menos– la reacción jurídica al dolo en la información previa y en la celebración del contrato al ámbito, dotado en general de remedios más enérgicos, del incumplimiento del contrato.

Hay consenso en nuestra doctrina sobre el derecho de la víctima de una actuación dolosa – incluso en los casos de dolo causante– a poder elegir el remedio que más le conviene –ya sea la anulación del contrato, su conservación o una indemnización de daños y perjuicios– para reparar las consecuencias del dolo³⁴. Esta postura ha sido confirmada por la STS, 1^a, 18.1.2007 (RJ 2007\529). En ella, el Tribunal Supremo admite con toda nitidez la posibilidad de que las

³² "(1) Cuando un empresario comercializa bienes o servicios para un consumidor, debe proporcionarle, hasta cuento sea factible tomando en consideración todas las circunstancias y las limitaciones de la comunicación media utilizada, aquella información que un consumidor medio necesita en un determinado contexto para adoptar una decisión informada sobre si cerrar un contrato.

(2) Cuando un empresario utiliza una comunicación comercial que da la impresión a los consumidores de que contiene toda la información relevante necesaria para adoptar una decisión sobre el cierre del contrato, tiene que incluir toda la información relevante. Cuando no sea evidente por el contexto de la comunicación comercial, la información a proporcionar debe incluir:

(a) las principales características de los bienes o servicios, la identidad y la dirección, cuando sea relevante, del negocio, el precio, y los derechos de retirada disponibles;

(b) las peculiaridades relacionadas con el pago, la entrega, la ejecución y la tramitación de las reclamaciones, si se alejan de los requisitos de la diligencia profesional".

³³ En este sentido, MORALES MORENO (1993, p. 415).

³⁴ DE COSSÍO CORRAL (2005); MORALES MORENO (1991, p. 472); GÓMEZ CALLE (1994, p. 46); CARRASCO PERERA (2004, p. 288).

declaraciones dolosas puedan ser consideradas parte del contrato y que la víctima de tales declaraciones pueda acudir a los remedios contractuales frente al incumplimiento, en este caso, doloso. Este punto de vista es coherente con una línea de jurisprudencia reciente que permite en estos casos la (i) reparación específica, si es posible, cuando aquellas declaraciones se hubieran realizado durante las negociaciones contractuales³⁵; (ii) la terminación del contrato por incumplimiento de acuerdo con el art. 1124 CC³⁶; o (iii) la indemnización de daños y perjuicios con base en el art. 1101 CC³⁷.

7. Responsabilidad por tratos previos

Con carácter general, el fracaso de las negociaciones no genera responsabilidad precontractual, salvo que la parte que haya roto o interrumpido las negociaciones haya actuado de mala fe o dicha ruptura o interrupción sea atribuible a la conducta de una de las partes (art. 7.1 PALCD). El inicio de las negociaciones sin intención de llegar a un acuerdo genera el derecho de la otra parte a una indemnización de daños y perjuicios, pues dicha conducta es contraria a la buena fe (art. 7.2 PALCD). Asimismo, cuando en el momento de la celebración del contrato resulta imposible cumplir las obligaciones pactadas, la parte que ha generado confianza sobre su cumplimiento debe responder frente a la otra parte por el incumplimiento (art. 8 PALCD).

La regulación de la responsabilidad por tratos previos de la PALCD es criticable en varios sentidos. En primer lugar, las normas de la propuesta -libertad de negociar sin quedar vinculado o incurrir en responsabilidad, deber de indemnizar en casos de mala fe o causa imputable a la conducta de la otra parte, calificación de la falta de voluntad de llegar a un acuerdo como una conducta contraria a la buena fe, responsabilidad por el incumplimiento en caso de imposibilidad inicial que genera confianza en la otra parte-, aunque pretenden configurarse como reglas específicas para el ámbito de la distribución comercial, reproducen, sin peculiaridades para dicho ámbito, reglas generales sobre la formación de los contratos o reglas propias del derecho contractual general. En efecto, tales normas se encuentran recogidas en todos los textos generales y, en particular, en los arts. 2.1.15 Principios UNIDROIT³⁸, 2:301 PECL³⁹ y II. – 3:301 DCFR⁴⁰.

³⁵ STS, 1^a, 8.11.1996 (RJ 1996\8260) y 23.5.2003 (RJ 2003\5215).

³⁶ STS, 1^a, 26.6.1999 (RJ 1999\4562).

³⁷ STS, 1^a, 15.6.2000 (RJ 2000\4418).

³⁸ "(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".

³⁹ "(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.

En Derecho español, la responsabilidad precontractual⁴¹ se ha definido, tradicionalmente, como aquélla que se deriva del incumplimiento de la relación jurídica preparatoria del contrato y, en particular, de la vulneración de la *bona fides in contrahendo*⁴². Su naturaleza jurídica es todavía una cuestión controvertida: para la mayor parte de la literatura jurídica española, la responsabilidad surgida en el periodo anterior a la celebración del contrato y, en particular, la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones, tendría naturaleza extracontractualista; para otros, contractualista; y, para un sector minoritario, se configuraría como un *tertium genus*, una responsabilidad autónoma o *sui generis*⁴³. En cualquier caso, dicha responsabilidad exige, en primer lugar, que se haya creado una confianza razonable en la conclusión del contrato; en segundo lugar, que la ruptura no esté justificada y, en este sentido, se considera, con carácter general, que está justificada cuando se quiere proteger un interés jurídicamente más digno de tutela que el de la confianza⁴⁴ o “cuando por la situación objetiva del mercado o por cualesquiera otras circunstancias, existe una ocasión de hacer un negocio mejor o existe una mejor oferta”⁴⁵, en cuyo caso la buena fe sólo impone un deber de comunicación a la otra parte para que pueda, en su caso, ajustar su propia oferta; en tercer lugar, que se haya causado un daño al patrimonio de una de las partes y que exista una relación de causalidad entre dicho daño y la confianza suscitada. La doctrina civil mayoritaria considera que, en estos casos, se debe indemnizar el

(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”.

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

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

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

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

⁴¹ La doctrina de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo* surge en Alemania con la obra de VON JHERING (1861).

⁴² En este sentido, entre otros, ALONSO PÉREZ (1971, pp. 859-922), CABANILLAS SÁNCHEZ (1995, pp. 747-788).

⁴³ Para un estudio de las distintas doctrinas sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual véanse, entre otros, ALONSO PÉREZ (1971, pp. 891 y ss.); CABANILLAS SÁNCHEZ (1995, pp. 751 y ss.); MEDINA ALCOZ (2005, pp. 89 y ss.); VALÉS DUQUE (2006, pp. 731 y ss.); DÍEZ-PICAZO (2007, pp. 318 y ss.). Para la doctrina extracontractualista, dicha responsabilidad debe incardinarse en la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC [véase la STS, 1^a, 16.5.1988 (RJ 1988\4308), comentada por ASÚA GONZÁLEZ (1988, pp. 513-527) y GARCÍA RUBIO (1989, pp. 1112-1119)]. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró la naturaleza extracontractual o delictual de la acción de responsabilidad precontractual, en el marco del Convenio de Bruselas de 1968, en el caso *Fonderie Oficen Meccaniche Tacconi Spa c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GMBH*, resuelto el 17.9.2002 [véase un comentario a esta sentencia en VINAIXA I MIQUEL (2002, pp. 977-997)]. Para la doctrina contractualista, los deberes precontractuales tienen su origen en la relación obligatoria que nace de las conversaciones precontractuales de las partes [véanse la STS, 1^a, 26.10.1981 (RJ 1981\4001) y las SSTs, 6^a, 2.5.1984 (RJ 1984\2950) y 30.10.1988 (RJ 1988\8183)].

⁴⁴ En este sentido, MANZANARES SECADAS (1984, p. 699); ASÚA GONZÁLEZ (1989, pp. 280-282); FERNÁNDEZ ARÉVALO (2000, pp. 281-286). Para FARNSWORTH (1987, pp. 282-283), el concepto de “impasse” -punto muerto o imposibilidad de avanzar en las negociaciones- lleva a afirmar que la retirada arbitraria de las negociaciones sin haber realizado esfuerzos razonables para alcanzar un acuerdo sería contraria a la buena fe.

⁴⁵ DÍEZ-PICAZO (2007, p. 323).

interés contractual negativo o interés de confianza⁴⁶, a fin de colocar al perjudicado en la situación en la que se encontraría de no haber iniciado las negociaciones. Dicho interés incluirá, al menos teóricamente, las pérdidas efectivamente sufridas o los gastos de celebración del contrato; las inversiones específicas o de confianza necesarias para la preparación del proyecto contractual, siempre que estén justificadas con la aquiescencia de la otra parte y se encuentren dentro de los límites de la misma; y el coste de oportunidad de haberse celebrado el contrato o las ganancias dejadas de obtener por la pérdida de ocasiones favorables de celebrar un contrato con terceros, extremo este que puede ser harto difícil de acreditar y cuantificar en la práctica⁴⁷.

La PALCD limita el régimen de responsabilidad por tratos preliminares a dos únicos supuestos: por un lado, aquéllos en los que una de las partes ha actuado de mala fe y, por otro lado, aquéllos en los que las negociaciones se han interrumpido por causa imputable a una de las partes. Ignora, pues, aquellos casos en los que la ruptura de las negociaciones se produce tras la realización inversiones de confianza. En este sentido, es sabido que en operaciones complejas, la imposibilidad de acordar de manera rápida lo que será el contrato definitivo puede derivar en compromisos a realizar inversiones acompañadas en documentos preliminares -que implican costes de transacción, en ocasiones cuantiosos, para los que negocian-. Dichos compromisos incluirán, con relativa frecuencia, cláusulas de reparto de riesgos y costes -de carácter vinculante, por disposición expresa de las partes-, por las cuales cada una de las partes asumirá sus propios gastos en caso de que las negociaciones fracasen⁴⁸. Este efecto excluyente de la compensación por las inversiones frustradas no impedirá, sin embargo, la obtención de una compensación por el incumplimiento de la cláusula que obliga a negociar de buena fe -probablemente superflua en nuestro ordenamiento, pero muy útil en aquellos sistemas donde no existe un principio de este tipo o donde su alcance no está claramente delimitado- o, en su defecto, por aplicación del principio general de buena fe en este ámbito (art. 7 CC).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales -jurisprudencia que no se puede dudar de calificar de pobre en esta materia- ha sido tradicionalmente restrictiva a la hora de conceder indemnizaciones por las inversiones de confianza realizadas durante las negociaciones cuando éstas, finalmente, fracasan. Los tribunales suelen considerar que, o bien las partes estaban vinculadas por un precontrato o, incluso, ya por un contrato definitivo, en cuyo caso resultaría aplicable el régimen de responsabilidad

⁴⁶ Por todos, DÍEZ-PICAZO (2007, p. 325); CABANILLAS SÁNCHEZ (1995, pp. 747-788).

⁴⁷ A favor de la inclusión del lucro cesante en la indemnización del interés contractual negativo, véase GARCÍA RUBIO (1991, pp. 241-242). En contra, MANZANARES SECADAS (1984, pp. 741 y ss.) y, más recientemente, DÍEZ-PICAZO (2007, p. 325).

⁴⁸ Para SCHWARTZ/SCOTT (2007, p. 689), las partes pueden mostrar cierta reticencia a incluir cláusulas de este tipo por (i) la imposibilidad de probar este tipo de gastos; (ii) la posibilidad de que un pacto de este tipo pudiera afectar la relación entre las partes e impedir, por tanto, la celebración de acuerdos eficientes; (iii) la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre dichos gastos, aunque fueran verificables, como consecuencia del problema del riesgo moral. Tales cláusulas serían tratadas, probablemente, como cláusulas sancionadoras (*penalties*) y, por tanto, los tribunales no exigirían su cumplimiento. De ahí la utilidad de las cláusulas de indemnización por terminación o *breakup fees* pues, en éstas, la indemnización que se obtiene tras la ruptura de las negociaciones no depende de las inversiones de confianza realizadas.

contractual, o bien no estaban vinculadas, en cuyo caso no cabría compensación alguna⁴⁹. Con todo, algunas sentencias han apuntado a vías intermedias, en las que cabría la indemnización de tales inversiones⁵⁰.

La experiencia es más rica y variada, también en relación con los contratos de distribución, en otros sistemas jurídicos. En los EUA, de acuerdo con la regla tradicional, las partes podían retirarse de las negociaciones en cualquier momento anterior a la celebración del contrato, en cuyo caso perdían las inversiones de confianza realizadas⁵¹. Posteriormente se admitió el derecho a su reembolso, aunque no se hubiera celebrado un acuerdo preliminar, cuando una de las partes hubiera creado, mediante engaño, una situación de confianza en la otra parte, se hubiera beneficiado de dicha confianza, o hubiera realizado una promesa durante las negociaciones. El otorgamiento de la indemnización se fundaba, entonces, en la doctrina de la falsa representación (*misrepresentation*), del enriquecimiento injusto (*unjust enrichment*), del incumplimiento de una obligación de negociar de buena fe o del estoppel promisorio (*promissory estoppel*)⁵². En la actualidad, los tribunales estadounidenses suelen exigir que exista algún tipo de acuerdo⁵³. Sin embargo, el análisis teórico de esta cuestión ha llevado a una serie de propuestas tendentes a ampliar los supuestos en los que debiera proceder el reembolso de los gastos de la negociación: para algunos, se habrían de rembolsar en todo caso, hubiera o no acuerdo preliminar escrito⁵⁴; para otros, sólo cuando una de las partes hubiera incumplido la secuencia de inversión pactada en el acuerdo preliminar⁵⁵.

El análisis de los distintos regímenes de responsabilidad aplicables a la fase precontractual permitiría extraer argumentos favorables a la compensación de las inversiones de confianza. Una regla de no responsabilidad, que impidiera obtener una compensación en todo caso, llevaría a la

⁴⁹ Así, consideran que existe precontrato o contrato, entre otras, las SSTS, 1^a, 30.1.1998 (RJ 1998\353); 24.7.1998 (RJ 1998\6393); 23.3.2002 (RJ 2002\2664); 13.10.2005 (RJ 2005\7235); 15.6.2006 (RJ 2006\3135); 14.12.2006 (RJ 2006\8235). En cambio, sólo existirían tratos preliminares, entre otras, en las SSTS, 1^a, 25.2.1980 (RJ 1980\26); 11.4.1992 (RJ 1992\3093); 12.4.1993 (RJ 1993\2996); 15.6.1994 (RJ 1994\4923); 19.7.1994 (RJ 1994\6698); 10.6.1996 (RJ 1996\4754); 3.6.1998 (RJ 1998\3715); 5.4.1999 (RJ 1999\1873); 11.4.2000 (RJ 2000\2434); 20.4.2001 (RJ 2001\5282); 22.10.2001 (RJ 2001\8655); 23.4.2003 (RJ 2003\3528); 30.1.2008 (RJ 2008\340); 25.4.2008 (RJ 2008\1994).

⁵⁰ Así sucede, por ejemplo, en las SSTS, 1^a, 14.6.1999 (RJ 1999\4105) y 16.12.1999 (RJ 1999\8978), y en las SSAAPP Barcelona 23.9.1993 (AC 1993\2109); León 8.2.2002 (JUR 2002\113725); Sevilla 4.4.2003 (AC 2003\2196); Madrid 14.7.2004 (JUR 2004\225693); Salamanca 31.1.2005 (AC 2005\181); Burgos 14.4.2005 (JUR 2005\141209); Murcia 9.1.2006 (JUR 2006\168744); Santa Cruz de Tenerife 24.5.2006 (AC 2006\1206); Badajoz 20.6.2006 (AC 2006\1567); Bizkaia 27.12.2006 (JUR 2007\98742).

⁵¹ FARNSWORTH (1987, p. 221).

⁵² Así, en *Hoffmann v. Red Owl Stores* [26 Wis. 2d 683, 133 N.W. 2d 684 (1965)], las partes no llegaron a celebrar un acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato de franquicia pero, en aplicación de la doctrina del estoppel promisorio, Hoffmann puede recuperar las inversiones de capital que realizó con base en la confianza suscitada por los directivos de Red Owl Stores, quienes le habían garantizado que tales inversiones bastarían para conseguir la franquicia. Véase un análisis del caso en SCOTT (2006, pp. 4 y ss.). La doctrina estadounidense considera que la solución alcanzada sería excepcional [entre otros, FARNSWORTH (1987, p. 237); SCOTT (2006, pp. 2-3); compárese, asimismo, con el caso *Beer Capitol Distributing Inc. v. Guinness Bass Import Co.* (290 F.3d 877 (7th Cir. 2002)], por lo que han intentado justificar la responsabilidad de "Red Owl" a partir del incumplimiento del deber de negociar de buena fe, una falsa representación negligente, un enriquecimiento injusto o el *holdup* [DUHL (2003, pp. 297-321); KNAPP (1969, pp. 673-728); SUMMERS (1968, pp. 195-267); GROSSKOPF/MEDINA (2006, p. 5)].

⁵³ En este sentido, SCHWARTZ/SCOTT (2007, p. 668).

⁵⁴ BEBCHUK/BEN-SHAHAR (2001, p. 452), KOSTRITSKY (2008, p. 7).

⁵⁵ SCHWARTZ/SCOTT (2007, pp. 666-667 y 690), KOSTRITSKY (2008, p. 29).

realización de inversiones subóptimas⁵⁶, pues la parte que hubiera realizado las inversiones habría de soportar todo su coste, pero no obtendría todo su beneficio. Una regla de responsabilidad objetiva, que permitiera recuperar en todo caso las inversiones realizadas, con independencia de que la parte que solicitara la compensación hubiera provocado la ruptura de las negociaciones o hubiera confiado en exceso en el cierre de la operación, incentivaría a la sobreinversión⁵⁷. Por último, una regla que atribuyera responsabilidad a la parte que hubiera incumplido un acuerdo preliminar incentivaría a realizar inversiones de confianza óptimas y evitaría el problema del *holdup*⁵⁸.

Parece, pues, necesario compensar la pérdida de las inversiones de confianza realizadas en caso de ruptura de las negociaciones. Los acuerdos preliminares podrían constituir, en este sentido, medios de prueba decisivos del engaño suficiente y de la existencia de una situación de confianza razonable en el cierre de la operación cuando el mensaje optimista que hubieran transmitido sobre la viabilidad y ventajas de la operación se hubiera revelado posteriormente poco realista⁵⁹.

Además de las carencias de la solución de la PALCD en relación con las inversiones de confianza que resulta del análisis anterior, es necesario señalar que el régimen diseñado por la PALCD para la imposibilidad inicial se aparta notablemente del art. II. – 7:304 DCFR⁶⁰. En contraste con la solución del DCFR, la PALCD no parece requerir conocimiento, efectivo o presunto, del incumplimiento por parte del responsable y, además, parece optar por la indemnización del interés contractual positivo o interés de cumplimiento, pues “responderá (...) por el incumplimiento de aquello a lo que se hubiere obligado” (art. 8 PALCD).

8. Error

La PALCD incorpora una regulación específica y muy detallada del error, pero no hace lo propio con los restantes vicios del consentimiento –dolo, violencia e intimidación–, que quedan sujetos al régimen general de los arts. 1267 a 1270 CC.

Los contratos de distribución pueden ser anulados cuando una de las partes ha incurrido en error al tiempo de contratar y éste es de tal entidad que una persona razonable en la misma situación

⁵⁶ CRASWELL (1996, p. 492), BEBCHUK/BEN-SHAHAR (2001, pp. 425 y 432), KOSTRITSKY (2008, p. 62).

⁵⁷ WILS (1993, pp. 103-104), BEBCHUK/BEN-SHAHAR (2001, p. 434).

⁵⁸ BEBCHUK/BEN-SHAHAR (2001, pp. 435 y ss., p. 447).

⁵⁹ WILS (1993, p. 122).

⁶⁰ “(1) La parte de un contrato nulo o anulable, total o parcialmente, de acuerdo con esta Sección tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios de la otra parte por las pérdidas sufridas como resultado de la invalidez, siempre que la primera parte no supiera o no se esperara razonablemente que pudiera saber el incumplimiento.

(2) Los daños y perjuicios reivindicables son aquellos que pueden colocar a la víctima lo más cerca posible de la posición en la que se encontraría si el contrato no se hubiera celebrado o el término incumplido no se hubiera incluido”.

no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos (art. 9.1 PALCD). Se exige, además, que la otra parte (i) haya incurrido en el mismo error; (ii) haya sido la causante del error, incluso actuando de buena fe; o (iii) haya conocido o debido conocer el error del otro contratante sin advertirle del mismo (art. 9.1 PALCD).

La PALCD se limita a reproducir, en este sentido, la definición del error de los arts. 3.5 [Principios UNIDROIT](#)⁶¹ y II. – 7:201 [DCFR](#)⁶², así como algunas de las reglas –, la bilateralidad del error, el carácter esencial del mismo y la imputabilidad al otro contratante– que, para la invalidación del contrato por error, prevén el Derecho general de contratos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Aunque, en un principio, el contratante que padece el error en un contrato oneroso debe soportar sus consecuencias, dicha regla se excepciona cuando el error ha sido provocado o cuando el otro contratante ha incumplido su obligación de colaborar para evitar o deshacer el error de la otra parte o su obligación de no aprovecharse del error ajeno, ya sea porque actúa con reticencia dolosa o porque conoce el error de la otra parte⁶³.

El deber precontractual de advertir el error ajeno no sólo es consecuencia del principio general de buena fe, sino que tiene a su vez un fundamento económico⁶⁴. Los errores o equivocaciones suelen presuponer una carencia de información, cuya obtención es, casi siempre, costosa, e incrementa los costes de la transacción. Ello no excluye que, en ocasiones, esté justificada la imposición de un deber de revelar información.

La imposición de dicho deber suele depender de varios criterios: en primer lugar, el silencio está justificado cuando la información se ha adquirido mediante un proceso de búsqueda deliberada que ha originado una serie de gastos; pero surge un deber de revelación cuando quien posee la información no ha tenido que invertir recursos para obtenerla, pues dicho deber no desincentiva comportamientos futuros tendentes a la producción de nuevas informaciones⁶⁵. En segundo lugar, existe un deber de advertir el error cuando éste versa sobre una cualidad negativa que disminuye el valor de la cosa, pero no cuando lo revaloriza o pone de manifiesto formas de uso que permiten incrementar la riqueza⁶⁶. En tercer lugar, no debiera imponerse la revelación de información cuando ambas partes han de incurrir en los mismos costes para su obtención; sí, en cambio, cuando la obtención de dicha información es menos

⁶¹ “(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 (...”).

⁶² “(1) Una parte puede anular un contrato por error de hecho o de derecho en el momento en que se celebró el contrato si: (a) la parte, si no hubiera sido por el error, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes (...”).

⁶³ Sobre la imputabilidad del error, véanse DE VERDA Y BEAMONTE (1999) y MORALES MORENO (1998, 1993).

⁶⁴ Sobre el fundamento económico del deber precontractual de información véase, en la doctrina española, GÓMEZ CALLE (1994, pp. 20 y ss.) y DE VERDA Y BEAMONTE (1999, pp. 86 y ss.).

⁶⁵ Entre otros, HIRSHLEIFER (1971, pp. 561 y ss.), KRONMAN (1978, pp. 1-34).

⁶⁶ Entre otros, KÖTZ (2001, pp. 5-19).

costosa para una de ellas, siempre que, en este caso, se pueda repercutir el coste de la información en el precio del producto. Finalmente, el ordenamiento debiera obligar a revelar la información sin valor social pues, de este modo, se desincentivaría la inversión de recursos para su obtención⁶⁷.

La PALCD excluye la anulación del contrato en los siguientes supuestos:

- Cuando la parte que invoca el error ha incurrido en él por culpa grave (art. 9.1 PALCD).
- Cuando el error versa sobre una materia respecto de la cual la parte que invoca el error ha asumido el riesgo de error o le corresponde soportarlo o, en otros términos, cuando el riesgo de la circunstancia sobre la que recae el error se ha atribuido explícita o presuntamente al errado (art. 9.1 PALCD).
- Cuando la contraparte manifiesta su intención de cumplir el contrato o inicia su cumplimiento en los términos representados por el errado (art. 9.2 PALCD), en cuyo caso se subsanaría la causa de invalidez del contrato –aunque no encajaría con el modelo tradicional de subsanación o confirmación del contrato anulable de los arts. 1309 y ss. CC–.
- Cuando el errado podía haber utilizado los remedios frente al incumplimiento contractual (art. 9.3 PALCD). La PALCD reproduce, en este punto, lo dispuesto en el art. 3.7 [Principios UNIDROIT](#), según el cual “[u]na parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento”. La limitación de la anulabilidad por error evita que alguien pueda salir beneficiado de su propia torpeza en perjuicio de aquella persona que ha actuado diligentemente. Por ello, de ser posible la nulidad y el cumplimiento del contrato, se preferirá la segunda opción.

El régimen jurídico del error que prevé la PALCD presenta algunos elementos cuestionables. En primer lugar, se trata de un régimen contractual esencialmente de vocación general para la regulación de la formación del contrato, cualquiera que sea éste, y que no incorpora –o, al menos, no explicita– peculiaridades para el sector de los contratos de distribución que aconsejen un régimen distinto al previsto en el Código civil y su jurisprudencia.

En segundo lugar, establece, para el contratante causante del error, pero de buena fe, un trato más riguroso que el previsto en los arts. 3.5 [Principios UNIDROIT](#)⁶⁸, 4:103 [PECL](#)⁶⁹ y II. – 7:201

⁶⁷ COOTER/ULEN (2008, p. 208), SHAVELL (1994, p. 21).

⁶⁸ “(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 aún razonablemente de conformidad con el contrato. (...)"

DCFR⁷⁰. De acuerdo con tales preceptos, es necesario, respectivamente, que el dejar a la otra parte en el error resulte contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial, que el error sea reconocible o que haya mala fe o violación de una norma de proveer información precontractual.

Finalmente, la imposibilidad de que la parte que ha incurrido en error pueda optar por los remedios del incumplimiento y los anulatorios (art. 9.3 PALCD) no se compadece con la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia y, en particular, con la STS, 1^a, 18.1.2007 (RJ 2007\529), ya citada en relación con los deberes precontractuales de información y que, en caso de dolo, va a permitir optar por (i) la acumulación de la acción de anulación de contrato y la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios; (ii) la acción de anulación, sin reclamación de indemnización; o (iii) la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, sin ejercitar la acción de anulación.

9. Conclusiones

La reglamentación del régimen de formación del contrato en la PALCD pretende en este ámbito del régimen contractual reducir los desequilibrios –que entiende fundamentales y estructurales– entre proveedor y distribuidor: diferencias de poder, de experiencia, de información sobre elementos relevantes del contrato. Parece empíricamente plausible entender que la diferencia de información y experiencia es apreciable en algunos tipos de contratos de distribución y en algunos sectores económicos de la distribución. Pero resulta arriesgado, merced a un salto intelectual que no tiene base sólida, ni red, entender que tal apreciación justificaría plenamente y sin otras consideraciones los siguientes elementos del régimen de la PALCD: (i) generalizar la observación empírica de desigualdad a todo el ámbito de la distribución; (ii) que la desigualdad requiera medidas correctoras en los distintos aspectos que componen el régimen jurídico de la formación del contrato; (iii) que la desigualdad de partida autoriza el otorgamiento de derechos a

⁶⁹ "(1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si:

- (a) (i) el error se debe a una información de la otra parte,
- (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o
- (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y
- (b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes. (...)".

⁷⁰ "(1) Una parte puede anular un contrato por error de hecho o de derecho en el momento en que se celebró el contrato si:

- (a) la parte, si no hubiera sido por el error, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes y la otra parte lo sabía o se podía esperar razonablemente que lo sabía; y
- (b) la otra parte:
- (i) provocó el error;
- (ii) provocó la conclusión del contrato en error al dejar a la parte en error, de manera contraria a la buena fe, cuando la otra parte sabía o hubiera debido saber el error;
- (iii) provocó la conclusión del contrato por no haber cumplido con un deber de información precontractual o un deber de poner a disposición un medio para corregir errores de entrada; o
- (iv) cometió el mismo error. (...)".

la parte desfavorecida y la imposición de deberes a la contraparte, sin sopesar cuidadosamente si tales medidas mejoran o no el valor del contrato para ambos contratantes y responden a soluciones que típicamente los contratantes habrían preferido de haber podido contratar en óptimas condiciones.

En este sentido, el atender al carácter incompleto del contrato de distribución y a la larga duración del mismo como factor relevante para los comportamientos contractuales, aunque probablemente tiene más relevancia en otros aspectos del régimen del contrato –señaladamente en materia de contenido y de terminación– no es una cuestión secundaria a la hora de diseñar una normativa adecuada en materia de formación de los contratos de distribución. Adicionalmente, la relación de la PALCD con los recientes instrumentos internacionales en materia contractual resulta un tanto paradójica. Se aparta en ocasiones de las soluciones contenidas en los mismos, para erigirse, en otras, en vía de traducción en el Derecho español de esas soluciones contractuales generales alcanzadas en las propuestas de referencia del Derecho contractual del presente ([Principios UNIDROIT, PECL, DCFR](#)).

10. Tabla de sentencias citadas

Tribunal Supremo

Tribunal, sala y fecha	Ar.	Magistrado Ponente	Partes
STS, 1ª, 25.2.1980	RJ 1980\26	José Antonio Seijas Martínez	<i>Juan y José c. Manuel y Dolores</i>
STS, 1ª, 26.10.1981	RJ 1981\4001	Carlos de la Vega Benayas	"Industrias Abella, S.A.", "Nutrimax, S.A." y "Lecheras Españolas, S.A." c. "Unión Alimentaria Sanders, S. A."
STS, 6ª, 2.5.1984	RJ 1984\2950	Enrique Ruiz Vadillo	<i>Rafael c. "Mipe Distribución, S.A."</i>
STS, 1ª, 16.5.1988	RJ 1988\4308	Manuel González Alegre y Bernardo	<i>Felipe y Esther c. "Banco de Vizcaya, S.A.", Emilio, Marcial y José</i>
STS, 6ª, 30.10.1988	RJ 1988\8183	Juan García-Murga Vázquez	<i>Bartolomé c. "Prosegur, S.A."</i>
STS, 1ª, 11.4.1992	RJ 1992\3093	Eduardo Fernández-Cid de Temes	<i>Francisco c. Máximo y María</i>
STS, 1ª, 12.4.1993	RJ 1993\2996	Matías Malpica González- Elipe	"Promotora Inmobiliaria ADU, S.A." c. No consta
STS, 1ª, 15.6.1994	RJ 1994\4923	Luís Martínez-Calcerrada y Gómez	"Iniciativas Catalanas de Radio y Televisión, S.A." c. Marcelino, "Iniciativas Radiofónicas, S.A." y "Sistemas Radiofónicos, S.A."
STS, 1ª, 4.7.1994	RJ 1994\6424	Jesús Marina Martínez- Pardo	"Mito, S.A." c. "Aleaciones del Metal, S.A."
STS, 1ª, 19.7.1994	RJ 1994\6698	José Almagro Nosete	<i>Manuela, Rafael y "Terramare Sociedad Cooperativa" c. "Pescanova, S.A."</i>
STS, 1ª, 10.6.1996	RJ 1996\4754	José Almagro Nosete	"Huci, S.A." c. "Multivídeo, S.A."
STS, 1ª, 27.9.1996	RJ 1996\6646	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	<i>Matilde c. "Europunto, S.A."</i>
STS, 1ª, 8.11.1996	RJ 1996\8260	Eduardo Fernández-Cid de Temes	<i>Antonio y Mustafa c. "Agroindustrias Hércules, S.A."</i>
STS, 1ª, 30.1.1998	RJ 1998\353	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	"Alinova, S.A." y "Mediterráneo Correduría de Seguros, S.A." c. "Amaya, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A."
STS, 1ª, 3.6.1998	RJ 1998\3715	Antonio Gullón Ballesteros	<i>José Luís c. Martín, Tomasa e Hilario</i>
STS, 1ª, 24.7.1998	RJ 1998\6393	Francisco Morales Morales	"Servifilms, S.L." c. "Ivarte, S.A."
STS, 1ª, 5.4.1999	RJ 1999\1873	Luís Martínez-Calcerrada y Gómez	"Cariglas, S.A." c. "Industrias Bec, S.A."
STS, 1ª, 14.6.1999	RJ 1999\4105	Román García Varela	<i>Ayuntamiento de Alagón c. "Doux Ibérica, S.A."</i>
STS, 1ª, 26.6.1999	RJ 1999\4562	Alfonso Barcalá Trillo- Figueroa	<i>César c. "Promociones Altos del Edén, S.L."</i>
STS, 1ª, 16.12.1999	RJ 1999\8978	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	<i>Jorge Luis, Alexander y "A&E, S.A." c. "Banco Árabe Español, S.A."</i>
STS, 1ª, 20.1.2000	RJ 2000\112	Luís Martínez-Calcerrada y Gómez	"Medical Europa, S.A." c. "Instrumentation Laboratory, S.P.A."

STS, 1ª, 11.4.2000	RJ 2000\2434	Xavier O'Callaghan Muñoz	"Victory Films, S.A." c. "Producciones Cinematográficas Cesáreo González, S.A."
STS, 1ª, 15.6.2000	RJ 2000\4418	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Juan Pablo c. "Ibérica Osuna, S.A."
STS, 1ª, 20.4.2001	RJ 2001\5282	José Manuel Martínez-Pereña Rodríguez	"Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona" c. "Aditu, S.A."
STS, 1ª, 22.10.2001	RJ 2001\8655	Antonio Gullón Ballesteros	"Centro de Optimetría Internacional, S.L." c. "Nosalua, S.A."
STS, 1ª, 23.3.2002	RJ 2002\2664	José de Asís Garrote	"Jotsa, S.A." c. "Inversiones Soba, S.A." e "Inversiones Villar, S.A."
STS, 1ª, 23.4.2003	RJ 2003\3528	Jesús Corbal Fernández	"Estructuras Reina Isabel, S.A.L." c. Marcelino, Mari Luz y Aurora
STS, 1ª, 23.5.2003	RJ 2003\5215	Jesús Corbal Fernández	"Comunidad de Propietarios Coblanca-30, Fase 1ª, Subfase D-Viviendas" c. "Inversiones Costablanca, S.A." et alii
STS, 1ª, 26.4.2004	RJ 2004\2714	Francisco Marín Castán	"Rocar, S.A." c. "Iveco Pegaso, S.A."
STS, 1ª, 13.10.2005	RJ 2005\7235	José Antonio Seijas Quintana	"Editorial Planeta Agostini, S.A." c. "Bebidas de Barcelona, S.A." y "Cítricos y Refrescantes, S.A."
STS, 1ª, 15.6.2006	RJ 2006\3135	Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares	"Gan España Seguros Generales y Vida, S.A." c. Carlos Alberto
STS, 1ª, 14.12.2006	RJ 2006\8235	Xavier O'Callaghan Muñoz	"Malce, S.L.", "Terrenos la Cumbre, S.L.", "Traveling, S.L." y Octavio c. "Quash, S.A." y "Área de Servicios Agrícolas, S.A."
STS, 1ª, 18.1.2007	RJ 2007\529	Xavier O'Callaghan Muñoz	"Infoleasing, Sociedad de Arrendamiento Financiero, S.A." c. Juan Enrique, José Ramón, David, Teresa, Diana, "Juguetes Feber, S.A.", "Comercial Roiffer, S.A." y "Creatividad y Diseño, S.A."
STS, 1ª, 5.12.2007	RJ 2007\8906	Jesús Corbal Fernández	Jesús c. "Leche Pascual, S.A."
STS, 1ª, 30.1.2008	RJ 2008\340	Xavier O'Callaghan Muñoz	"Cement Roadstone España, S.A." c. "Cementos Alfa, S.A."
STS, 1ª, 25.4.2008	RJ 2008\1994	Antonio Salas Carceller	"Basilio Iglesias, S.L." c. "Desarrollo Inmobiliario Andaluz, S.A."

Audiencias Provinciales

Tribunal y fecha	Ar.	Magistrado Ponente	Partes
SAP Barcelona 23.9.1993	AC 1993\2109	Marcial Subirás Roca	"Ente Público Radiotelevisión Española, S.A." c. "Educational Courses de España, S.A." y "Promoland, S.A."
SAP Pontevedra 14.7.2000	AC 2000\2044	Jaime Carrera Ibarzábal	"Damm, S.A." c. "Adega, S.L."
SAP León 8.2.2002	JUR 2002\113725	Antonio Múñiz Díez	Lucinio y "Persivent, S.L." c. "Banco Pastor, S.A."
SAP Zaragoza 29.11.2002	JUR 2003\13826	Javier Seoane Prado	"Yerzol S.C." c. "Kookaï S.A."

SAP Sevilla 4.4.2003	AC 2003\2196	Pedro Núñez Ispa	"Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla" c. Ayuntamiento de Sevilla y Diputación Provincial de Sevilla
SAP Zaragoza 16.9.2003	AC 2003\1507	Juan Ignacio Medrano Sánchez	"Ebi Center, S.L." c. "Franquicias Energy Sun, S.L."
SAP León 29.4.2004	JUR 2004\186010	Olga María Cabeza Sánchez	Ignacio c. "Disleón de Publicaciones S.L." y "Distribuidora de Publicaciones Boreal S.L."
SAP Madrid 14.7.2004	JUR 2004\225693	José Zarzuelo Descalzo	"Dracker Asistance, S.L." c. "Bodegas Los Curros, S.A." e Inocencio
SAP Salamanca 31.1.2005	AC 2005\181	José Ramón González Clavijo	"Gamerco, S.A." c. "Fundación Salamanca, Ciudad de Cultura"
SAP Burgos 14.4.2005	JUR 2005\141209	Arabela García Espina	"Brisa Briviesca, S.L." c. Marta y otros
SAP Málaga 13.7.2005	JUR 2005\240068	Rafael Caballero Bonald Campuzano	"Coma Comunicación y Marketing S.L." c. Lázaro
SAP Murcia 9.1.2006	JUR 2006\168744	Francisco José Carrillo DINADER	"Ecocasa" c. "Construcciones Cerro del Reloj, S.L."
SAP Santa Cruz de Tenerife 24.5.2006	AC 2006\1206	Emilio Fernando Suárez Díaz	Franco c. Iván
SAP Badajoz 20.6.2006	AC 2006\1567	Fernando Paumard Collado	"Cedos Extremadura, S.L." c. Antonio
SAP Bizkaia 27.12.2006	JUR 2007\98742	Ana Isabel Gutiérrez Gegúndez	Octavio c. Flor
SAP Valencia 30.1.2007	JUR 2007\250657	María Fe Ortega Misfud	Millán c. Maribel
SAP Málaga 16.2.2007	AC 2007\862	Antonio Torrecillas Cabrera	"System Centros de Formación, S.L." c. "Omega Centros de Enseñanza"
SAP Las Palmas 19.2.2007	JUR 2007\152529	Víctor Manuel Martín Calvo	"Escuela Internacional de Protocolo, S.A." c. "Gestican 95, S.L." y Carmela
SAP Madrid 1.3.2007	JUR 2007\150797	Enrique García García	"Turismos Marbella 2000, S.A." c. "Nissan Motor España, S.A."
SAP Valencia 16.3.2007	AC 2007\1554	Mª Antonia Gaitón Redondo	"Dronas 2002, S.L." c. Íñigo
SAP Barcelona 28.3.2007	AC 2007\796	Laura Pérez de Lazarraga Villanueva	"Jamaica's Franchising, S.L." c. "Hoscaf Valencia, S.L."
SAP Madrid 31.5.2007	JUR 2007\259866	Epifanio Legido López	"Grupo de Franquicias Hosteleras S.L." c. Mariano
SAP Madrid 27.7.2007	JUR 2007\331302	Félix Almazán Lafuente	Remedios c. "International Plastic Surgery Spain S.L.", "Artestetica Group S.L." y Federico
SAP Madrid 5.11.2008	JUR 2008\40434	Mariano Zaforteza Fortuny	"Dronas 2002 S.L." c. "Union Courier 97 S.L."
SAP Madrid 9.11.2008	AC 2008\81	Amparo Camazón Linacero	"Eurosueca Restauración, S.L." c. "Food Service Project, S.L."

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Caso	Asunto	Magistrado ponente
Fonderie Oficen Meccaniche Tacconi Spa c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH	C-334/2000	J. N. Cunha Rodrigues

Tribunales estadounidenses

Asunto	Ref.
<i>Tan v. Altwaste</i>	1997 WL 337207; N.D.Ill. June 11, 1997
<i>UAW-GM Human Resource Center v. KSL Recreation Corp.</i>	228 Mich.App. 486, 579 N.W.2d 411, Mich.App., 1998
<i>Beer Capitol Distributing Inc. v. Guinness Bass Import Co.</i>	290 F.3d 877 (7th Cir. 2002)
<i>JamSports & Entertainment, LLC v. Paradama Productions, Inc.</i>	336 F. Supp. 2d 824; N.D.Ill. 2004
<i>It's Just Lunch International, LLC v. Polar Bear, Inc.</i>	Bus. Franchise Guide (CCH) 12,819 (S.D. Cal. April 29, 2004)
<i>In re Kramek Estate</i>	268 Mich.App. 565, 710 N.W.2d 753 Mich.App., 2005
<i>McKind v. Palms Investments, L.L.C.</i>	2007 WL 1342557

11. Bibliografía

ALONSO PÉREZ, M. (1971), "La responsabilidad precontractual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, pp. 859-922.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (1989), *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Vizcaya.

--(1988), "Comentario a la Sentencia de 16 de Mayo de 1988. Responsabilidad civil: daños sufridos por un trabajador al no verificarse un traslado en el que se le había hecho confiar. Fundamento de la reclamación. Congruencia. Culpa in contrahendo", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 17, pp. 513-527.

BEBCHUK, L. (1980), "The Pursuit of a Bigger Pie: Can Everyone Expect a Bigger Slice?", *Hofstra Law Review*, vol. 8, pp. 671-710.

BEBCHUK, L. / BEN-SHAHAR, O. (2001), "Precontractual Reliance", *Journal of Legal Studies*, vol. 30, pp. 423-457.

BERNSTEIN, L. (1992), "Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry", *Journal of Legal Studies*, vol. 21, núm. 1, pp. 115-157.

--(2001), "Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions", *Michigan Law Review*, vol. 99, pp. 1724-1790.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995), "El ámbito de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 618, pp. 747-788.

CARRASCO PERERA, Á. (2004), "Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento", en ÁLVAREZ ARJONA, J. M. / CARRASCO PERERA, Á. (Ed.), *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 257-308.

COOTER, R. / ULEN, T. (2008), *Law and Economics*, 5th ed, Boston Addison Wesley Longman cop.

CRASWELL, R. (1991), "Passing-On the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships", *Stanford Law Review*, vol. 43, pp. 361-398.

--(1996), "Offer, Acceptance, and Efficient Reliance", *Stanford Law Review*, vol. 48, pp. 481-553.

DE COSSÍO CORRAL, A. (2005), *El dolo en el Derecho civil*, Comares, Granada (edición original: Madrid, 1955).

DEMSETZ, H. (1972), "Wealth Distribution and the Ownership of Rights", *Journal of Legal Studies*, vol. 1, pp. 223-232.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (1999), *Error y responsabilidad en el contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DÍEZ-PICAZO, L. (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I. Introducción. Teoría del contrato, Thomson Civitas, 6^a ed.

DUHL, G. (2003), "Red Owl's Legacy", *Marquette Law Review*, vol. 87, pp. 297-321.

FARNSWORTH, E. A. (1987), "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", *Columbia Law Review*, vol. 87, pp. 217-294.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, A. (2000), "Indemnización por ruptura injustificada de tratos preliminares: responsabilidad ex artículo 1902 C. c. [Comentario a la STS 14 junio 1999 (RJ 1999\4105)]", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, Aranzadi, Pamplona, pp. 281-286.

FOX, B. E. / SU, H. C. (1995), "Franchise regulation - Solutions in Search of Problems?", *Oklahoma City University Law Review*, vol. 20, pp. 241-303.

GARCÍA RUBIO, M. P. (1989), "Responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones: A propósito de la STS (Sala 1^a) de 16 de mayo de 1988", *La Ley*, núm. 4, pp. 1112-1119.

-- (1991), *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid.

GOETZ, C. J. / SCOTT, R. E. (1981), "Principles of Relational Contracts", *Virginia Law Review*, vol. 67, pp. 1089-1150.

GÓMEZ CALLE, E. (1994), *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid.

GÓMEZ POMAR, F. (2007), "European Contract Law and Economic Welfare: A View from Law and Economics", *InDret 1/2007*, pp. 1-30 (www.indret.com).

GREIF, A. (2005), *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from the Medieval Trade*, Cambridge University Press, Cambridge.

GROSSKOPF, O. / MEDINA, B. (2006), "Regulating Contract Formation: Precontractual Reliance, Sunk Costs and Market Structure", pp. 1-49 (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883323).

HADFIELD, G. K. (1990), "Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts", *Stanford Law Review*, vol. 42, pp. 927-991.

HAMADA, K. (1976), "Liability Rules and Income Distribution in Product Liability", *American Economic Review*, vol. 66, núm. 1, pp. 228-234.

HIRSHLEIFER, J. (1971), "The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity", *American Economic Review*, vol. 61, pp. 561 y ss.

JOLLS, C. (2000), "Behavioral Analysis of Redistributive Legal Rules", en SUNSTEIN, C. (Ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press.

KAPLOW, L. / SHAVELL, S. (1994), "Why the Legal System is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income", *Journal of Legal Studies*, vol. 23, núm. 2, pp. 667-681.

-- (2000), "Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income", *Journal of Legal Studies*, vol. 29, núm. 2, pp. 821-835.

KLEIN, B. (1996), "Why Holds-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships", *Economic Inquiry*, vol. 34, núm. 3, pp. 444-463.

KLEIN, B. / LEFFLER, K. (1981), "The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance", *Journal of Political Economy*, vol. 89, núm. 4, pp. 615-641.

KNAPP, Ch. L. (1969), "Enforcing the Contract to Bargain", *New York University Law Review*, vol. 44, pp. 673-728.

KOSTRITSKY, J. (2008), "Uncertainty, Reliance. Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem", American Law & Economics Association 18th Annual Meeting, Working Paper núm. 25, pp. 1-81.

KÖTZ, H. (2001), "Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective", *European Journal of Law and Economics*, vol. 9, num. 1, pp. 5-19.

KRONMAN, A. T. (1978), "Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts", *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, núm. 1, pp. 1-34.

LLOBET I AGUADO, J. (1996), *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid.

MACAULEY, S. (1963), "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study", *American Sociological Review*, vol. 28, núm. 1, pp. 55-67.

MACNEIL, I. R. (1978), "Contracts: Adjustment of Long-term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law", *Northwestern University Law Review*, vol. 72, núm. 6, pp. 854-905.

MANZANARES SECADAS, A. (1984), "La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares", *Anuario de Derecho civil*, vol. 37, núm. 3, pp. 741 y ss.

MAYORGA TOLEDANO, M. C. (2007), *El contrato mercantil de franquicia*, Comares, Granada.

MEDINA ALCOZ, M. (2005), "La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual", *Revista de derecho privado*, Año 89, Mes 5-6, pp. 79-106.

MORALEJO MENÉNDEZ, I. (2007), *El contrato mercantil de concesión*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor.

MORALES MORENO, A. M. (1998), *El error en los contratos*, Ceura, Madrid.

-- (1993), "Comentario al artículo 1266 del Código civil", en ALBALADEJO GARCÍA, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1 B. Artículos 1261 a 1280 del Código civil, Edersa, Madrid.

-- (1993), "Comentarios a los artículos 1269 y 1270 del Código civil", en ALBALADEJO GARCÍA, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo 17, vol. 1º-B, Edersa, Madrid.

-- (1991), "Comentario al art. 1270", en PAZ ARES, C. / DÍEZ-PICAZO, L. / BERCOVITZ, R. / SALVADOR, P. (Dir.), *Comentario del Código civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid.

PAZ-ARES, C. (1997), "La indemnización por clientela en el contrato de concesión", *La Ley*, D-105, t. 2.

-- (2003), "La terminación de los contratos de distribución", *Advocatus*, vol. 8, pp. 30-62.

PEDEN, E. / CARTER, J. W. (2006), "Entire Agreement -and Similar- Clauses", *Journal of Contract Law*, vol. 22, núm. 1, pp. 1-15 (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003946).

PERALES VISCASILLAS, M. P. (1998), "Las cláusulas de restricción probatoria o *merger clauses* en los contratos internacionales", *Pace Law School Institute of International Comercial Law* (disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/merger.html>).

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2007), "Aspectos generales del contrato de distribución y de distribución en exclusiva", en VVAA, *Contrato de agencia, distribución y franquicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, pp. 123-160.

RUIZ PERIS, J. I. (2000), *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor.

RUIZ-RICO RUIZ, C. (2008), *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SANCHIRICO, C. W. (2000), "Taxes versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View", *Journal of Legal Studies*, vol. 29, núm. 2, pp. 797-820.

-- (2001), "Deconstructing the New Efficiency Rationale", *Cornell Law Review*, vol. 86, núm. 6, pp. 1003-1089.

SCHWARTZ, A. / SCOTT, R. E., "Precontractual Liability and Preliminary Agreements", *Harvard Law Review*, vol. 120, núm. 3, 2007, págs. 662-707.

-- (2003), "Contract Theory and the Limits of Contract Law", *Yale Law Journal*, vol. 113, núm. 3, pp. 541-619.

SCOTT, R. E. (2006), "Hoffman v. Red-Owl Stores and the Myth of Precontractual Reliance", Columbia Law and Economics Working paper núm. 300, págs. 1-32 (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927089).

-- (2003), "A Theory of Self-Enforcing Indefinite Agreements", *Columbia Law Review*, vol. 103, núm. 7, pp. 1641-1698.

-- (2000), "The Case for Formalism in Relational Contract", *Northwestern University Law Review*, vol. 94, pp. 847-876.

-- (1987), "Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts", *California Law Review*, vol. 75, núm. 6, pp. 2005-2054.

SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2005), *Estudio de derecho comparado sobre la interpretación de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SHAVELL, S. (1994), "Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale", *The RAND Journal of Economics*, vol. 25, núm. 1, pp. 20-36.

SUMMERS, R. S. (1968), "'Good Faith' in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code", *Virginia Law Review*, vol. 54, núm. 2, pp. 195-267.

VALÉS DUQUE, P. (2006), "La responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*", en AA.VV., *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. I, Centro de Estudios, Madrid, pp. 713-748.

VINAIXA I MIQUEL, M. (2002), "La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año núm. 6, núm. 13, pp. 977-997.

VON JHERING, R. (1861), "Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 4.

WILS, W. P. J. (1993), "Who Should Bear the Costs of Failed Negotiations? A functional Inquiry into Precontractual Liability", *Journal des Économistes et des Etudes Humaines*, vol. 4. núm. 1, pp. 93-134.