

# EL MODELO DE REGULACIÓN EFICIENTE DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN EL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR)

**M.<sup>a</sup> JOSÉ PUYALTO FRANCO**

*Profesora agregada de Derecho Mercantil.  
Facultad de Derecho y Economía  
Universidad de Lleida*



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Carlos CARNICER Díez, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

## **Extracto:**

**EN** la búsqueda de referentes que puedan servir de inspiración en la formulación de una propuesta normativa adecuada para los contratos de distribución, el estudio que se presenta propone aprovechar la oportunidad que ofrece la publicación del proyecto de Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo (DCFR) para examinar el material científicamente más relevante que se ha producido dentro del proceso de armonización del Derecho privado europeo. En particular, y puesto que una de las misiones del DCFR es la de ofrecer «modelos de reglas» para el legislador comunitario y los legisladores nacionales, parece oportuno el análisis de las reglas relativas a los contratos de distribución para advertir si contiene ideas y soluciones que sean adaptables a nuestro derecho con vistas a la oportuna elaboración de la tan esperada regulación de este tipo contractual o, alternativamente, como guía para la elaboración de un código de conducta en línea con las propuestas que se derivan del «Informe sobre la problemática de los contratos de distribución».

**Palabras clave:** Derecho privado europeo, DCFR, contratos mercantiles, contratos de distribución.

# A MODEL OF EFFICIENT REGULATION OF DISTRIBUTION AGREEMENTS IN THE DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR)

**M.<sup>a</sup> JOSÉ PUYALTO FRANCO**  
*Profesora agregada de Derecho Mercantil.*  
*Facultad de Derecho y Economía.*  
*Universidad de Lleida*



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Carlos CARNICER Díez, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

## **Abstract:**

**I**n the search for references that can serve as inspiration in the formulation of a policy proposal suitable for distribution contracts, this essay proposes to use the opportunity provided by the publication of the Draft Common Frame of Reference for European contract law (DCFR) to review scientifically the relevant material that has been produced in the process of harmonization of European private law. In particular, since one of the missions of the DCFR is to provide «model rules» for the Community legislature and legislators, it seems appropriate an analysis of the rules on distribution contracts in order to ascertain if it contains ideas and solutions that could be adopted into Spanish Law. Spanish scholars and practitioners are still waiting for a modern and complete regulation of such contract or, alternatively, for a guide intended to develop a code of conduct in line with the proposals arising from the «Report on the issue of distribution agreements».

**Keywords:** European private Law, DCFR, commercial contracts, distribution agreements.

# Sumario

- I. Planteamiento y propósito de este trabajo.
- II. Los principios que inspiran la regulación de los contratos de distribución en el DCFR: libertad, eficiencia, igualdad.
- III. La relación de los contratos de distribución con el derecho de la competencia.
- IV. Sobre el concepto y modalidades del contrato de distribución en el DCFR.
- V. Deberes precontractuales.
- VI. Obligaciones de las partes en el contrato de distribución.
  - VI.1. Obligaciones generales: cooperación, información durante la vigencia del contrato y confidencialidad.
    - VI.1.1. El deber de cooperación.
    - VI.1.2. La obligación de informar durante la vigencia del contrato.
    - VI.1.3. El deber de confidencialidad.
  - VI.2. Obligaciones específicas del proveedor.
    - VI.2.1. Obligación de suministro.
    - VI.2.2. Obligación de proporcionar material publicitario.
    - VI.2.3. Obligación de no dañar la reputación de los productos.
  - VI.3. Obligaciones específicas del distribuidor.
    - VI.3.1. La obligación de distribuir.
    - VI.3.2. La obligación de atender las instrucciones razonables del proveedor.
    - VI.3.3. La obligación de facilitar la actividad inspectora del proveedor.
    - VI.3.4. La obligación de no dañar la reputación de los productos.

## VII. La terminación del contrato de distribución.

### VII.1. Causas de terminación.

VII.1.1. Transcurso del término pactado.

VII.1.2. Denuncia unilateral del contrato celebrado por tiempo indefinido y la indemnización por preaviso insuficiente.

VII.1.3. Terminación por incumplimiento esencial.

### VII.2. La indemnización por el fondo de comercio.

## VIII. Otras disposiciones aplicables al contrato de distribución.

VIII.1. La gestión de las existencias, piezas de recambio y otros materiales tras la extinción del contrato de distribución.

VIII.2. El derecho de retención.

VIII.3. La formalización del contrato de distribución.

## IX. A modo de conclusión.

## I. PLANTEAMIENTO Y PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO

Desde que el Tribunal Supremo manifestara la conveniencia de una intervención normativa para determinar el régimen jurídico de los contratos de distribución<sup>1</sup> se ha asistido, particularmente en los últimos cinco años, a una pertinaz sucesión de propuestas en el mismo sentido y algún (desafortunado) intento para salir del paso con una norma que, a poco más de un mes de su entrada en vigor, dejó de producir efectos jurídicos. Un breve repaso de estas iniciativas nos pondrá sobre la pista de sus autores y la orientación general que se postulaba. La primera «Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución» (en adelante, la Propuesta) emanaba de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación<sup>2</sup>. En la memoria explicativa se incidía en la necesidad de establecer una normativa de las figuras contractuales vinculadas a la distribución comercial «que ponga coto a la autonomía de la voluntad proclive a la aparición de situaciones de abuso cuando no hay equilibrio entre los contratantes, defina y discipline las distintas hipótesis, evite inseguridades y conflictos y, sobre todo, descargue a los Tribunales de Justicia de la delicada tarea de ir marcando los límites tipológicos y determinando los efectos esenciales y naturales de las relaciones sobre las que deben pronunciarse». Esta Propuesta era sustancialmente coincidente con la patrocinada por la Federación de Asociaciones de Concesionarios de Automoción (FACONAUTO) quien, a través del ejercicio de la iniciativa legislativa popular<sup>3</sup>, pretendía presentar una proposición de ley de contratos de distribución que finalmente no llegó a prosperar<sup>4</sup>.

Junto a los proyectos citados, cabe destacar dos proposiciones no de ley en la Comisión de Industria, Comercio y Turismo del Congreso de los Diputados relativas a los contratos de distribución; la primera en 2007 corresponde al Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) instando al Gobierno «a presentar ante las Cámaras un Proyecto de Ley de Contratos de Distribución que defina y regule las distintas modalidades de contratos de distribución comercial, con el fin de evitar situaciones contractuales de abuso y de promover la seguridad jurídica de los operadores económicos en el mercado de distribución de bienes y servicios, con especial atención a la naturaleza del tejido de pequeñas y medianas empresas que intervienen en el mismo»<sup>5</sup>. La proposición no de ley fue aprobada con modificaciones por la Comisión de Industria, Turismo y Comercio en su sesión del día 20 de marzo de 2007 en el sentido de exhortar al Gobierno «a analizar con audiencia de los sectores

<sup>1</sup> Entre otras, SSTS de 12 junio de 1999 (RJ 1999\4292) y 26 de abril de 2000 (RJ 2002\5244).

<sup>2</sup> *Vid.* Boletín del Ministerio de Justicia núm. 2006, págs. 216 y ss.

<sup>3</sup> El escrito por el que se ejercitaba el trámite inicial de la iniciativa popular ante la Mesa del Congreso de los Diputados fue publicado en BOCG Congreso de los Diputados núm. D-520 de 9 de marzo de 2007.

<sup>4</sup> Apenas un año después, se publicaba el acuerdo de la Junta Electoral General mediante el cual se declaraba la caducidad de la referida iniciativa legislativa por haber transcurrido el plazo para la recogida de las firmas (BOGC de 11 de abril de 2008. Serie D núm. 2).

<sup>5</sup> BOCG Congreso de los Diputados núm. D-502 de 12 de febrero de 2007, pág. 30.

interesados la problemática de los contratos de distribución comercial y a proponer, en su caso, las modificaciones legislativas pertinentes»<sup>6</sup>.

Como consecuencia de este encargo, la Dirección General de Política Comercial presentó en 2009, «El informe sobre la problemática de los contratos de distribución» (en adelante, el Informe) en el que se exponen los principales problemas jurídicos manifestados en el ámbito de los contratos de distribución por los sectores consultados a fin de poder realizar después una síntesis de aquellos que se consideran comunes a los distintos sectores y extraer conclusiones sobre la necesidad o no de elaborar una disposición legal al respecto. En este sentido, el Informe aconseja «la aprobación de una disposición con rango de ley pero, en todo caso, debe ser una norma de mínimos y con carácter horizontal que contemple las condiciones básicas que deben reunir todos los contratos de distribución, permitiendo las especificidades propias de cada sector y la evolución jurídica de esta figura de acuerdo con las necesidades del mercado». Se propone que esta normativa sea adecuada «para potenciar la autonomía e independencia empresarial e impulsar la seguridad jurídica necesaria en las relaciones entre proveedores y distribuidores, consolidando un mercado de distribución con garantías jurídicas, abierto, competitivo y sin restricciones innecesarias». Como alternativa a una norma ad hoc el Informe sugiere la modificación del Código de Comercio en lo relativo a la contratación mercantil, de forma que se incluyera entre las disposiciones generales sobre contratos de comercio una referencia a los deberes precontractuales, la interpretación de los contratos, su extinción, consecuencias de su incumplimiento, etc.<sup>7</sup>. Adicionalmente, también se valoran mecanismos como la autorregulación o los códigos de conducta por los que los propios agentes afectados acuerden unas pautas de conducta que se autoimponen y que, en opinión de los autores, «pueden llegar a ser más efectivas que una ley», así como la creación de un organismo de arbitraje institucional integrado tanto por la Administración Pública como por los agentes económicos que conforman el sector, que sirviese para solventar las controversias que se generan en este tipo de relaciones contractuales y evitase los contenciosos.

La segunda iniciativa en 2008 procedía del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso que, en atención a la situación de crisis económica, urgía al Gobierno para «que remita a la Comisión de Industria, Comercio y Turismo de forma inmediata el estudio realizado (...), con audiencia de los sectores interesados, sobre la problemática de los contratos de distribución comercial y proponer en su caso las modificaciones legislativas pertinentes»<sup>8</sup> y, asimismo, «remita a la Cámara en un plazo de tres meses las modificaciones legislativas necesarias para regular las distintas modalidades de contratos de distribución comercial y evitar situaciones de dominio en el mercado que puede perjudicar

<sup>6</sup> BOCG Congreso de los Diputados núm. D-533 de 29 de marzo de 2007, pág. 13. La proposición recibió una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista con el siguiente texto «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a analizar la problemática de los contratos de distribución comercial y a proponer en su caso las modificaciones legislativas pertinentes, ...» (resto igual).

<sup>7</sup> De hecho, en el año 2006 el Boletín de Información del Ministerio de Justicia publicó la «Propuesta de Anteproyecto de Ley elaborada por la Comisión General de Codificación para la reforma del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad». La propuesta recoge el régimen jurídico de los contratos mercantiles con vocación de completitud siguiendo los modelos de política jurídica más contrastados, en particular: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías (CSIG), los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PCCI) elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL).

<sup>8</sup> BOCG Congreso de los Diputados núm. D-111 de 24 de noviembre de 2008, pág. 15.

su correcto funcionamiento y comprometer la viabilidad de muchas pequeñas y medianas empresas». Posteriormente, la disposición adicional undécima de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista bajo el epígrafe «Régimen jurídico de los contratos de distribución comercial» dispone que «A los efectos de aplicación de las normas contempladas por la Directiva Europea 2006/123/CE y con el fin de eliminar barreras administrativas en la prestación de servicios, y dadas las circunstancias especiales del sector y de otros que se recogen en el informe sobre problemática de los contratos de distribución de marzo de 2009 del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio que ha elaborado el Gobierno, este procederá a regular el régimen jurídico de los contratos de distribución comercial».

Transcurrido un año, la disposición adicional decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible introdujo modificaciones sustanciales en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, en lo relativo a la regulación aplicable a los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales que provocaron la inmediata reacción de la Comisión Nacional de la Competencia quien consideró que tal modificación «restringe de una manera injustificada en su necesidad, y desproporcionada en sus efectos, la libertad de empresa, la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y la competencia en el mercado de distribución de automóviles, en perjuicio, en última instancia, de los consumidores»<sup>9</sup>. Apenas un mes después, la Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública dispone que: «la disposición adicional decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, por la que se modifica la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, no será aplicable y no producirá efectos jurídicos». Asimismo, se instaba (una vez más) al Gobierno a aprobar un proyecto de ley de contratos de distribución comercial en el plazo de seis meses. Enfrentado pues a la inaplazable tarea de formular una propuesta normativa adecuada para los contratos de distribución, el Gobierno debe ser capaz de dar con las reglas que permitan obtener un cierto consenso político y social. La tarea no es sencilla. A la exigencia de conciliar los intereses contrapuestos de las partes implicadas que, además, pueden variar según el sector de referencia (automoción, prensa, alimentación, etc.) hay que añadir un debate de fondo sobre los principios que deben sustentar la regulación proyectada y el objetivo de la misma.

En la búsqueda de referentes que puedan servir de inspiración en este proceso, el estudio que presentamos propone aprovechar la oportunidad que ofrece la publicación del proyecto de Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo (en adelante, DCFR, por sus siglas en inglés<sup>10</sup>) ela-

<sup>9</sup> Disponible en la página web de la Comisión Nacional de la Competencia <http://www.cncompetencia.es/>. Unas semanas después de la entrada en vigor de esta normativa, concretamente el 22 de febrero de 2011, se celebró una reunión a la que asistieron representantes del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y de las Comunidades Autónomas y los fabricantes de automoción. Las principales conclusiones fueron; en primer lugar, «dirigirse a las fuerzas parlamentarias para que valoren los efectos de esta enmienda y busquen soluciones para equilibrar los intereses de los operadores del sector, a la mayor brevedad posible». Asimismo, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio se comprometía a presentar el Anteproyecto de Ley de contratos de distribución antes de tres meses y a promover su aprobación con la mayor urgencia.

<sup>10</sup> *Vid. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. Edited By Christian von Bar and Eric Clive, Sellier, 2009.*

borado por la red europea de excelencia CoPECL<sup>11</sup> para examinar el material más reciente y científicamente más relevante que se ha producido dentro del proceso de armonización del derecho privado europeo. En particular, y puesto que una de las misiones del DCFR es la de ofrecer «modelos de reglas» para el legislador comunitario y los legisladores nacionales, parece oportuno el análisis de las reglas relativas a los contratos de distribución<sup>12</sup> no solo para comprobar sus puntos fuertes y débiles, sino también para advertir si contiene ideas y soluciones que sean adaptables a nuestro derecho

<sup>11</sup> La red de excelencia CoPECL (The Joint Network on European Private Law) fundada en mayo de 2005, consta de varias universidades, instituciones y otras organizaciones, así como más de 150 investigadores de todos los Estados miembros de la Unión Europea. La red incluye a varios grupos: el *Study Group on a European Civil Code*, el *Research Group on the Existing EC Private Law* (Acquis Group); el *Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law* (Insurance Group); la *Association Henri Capitant* junto a la *Société de Législation Comparée* y el *Conseil Supérieur du Notariat*; el *Common Core Group*; el *Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules* (Economic Impact Group) (TILEC-Tilburg Law and Economics Center); el *Database Group*; y el *Academy of European Law* (ERA). Cumpliendo el encargo de la Comisión Europea, la red de excelencia europea CoPECL entregó en diciembre de 2007 la primera versión del Marco Común de Referencia (MCR), que luego ha sido publicado, siempre en inglés, por la editorial alemana Sellier. Al MCR se llega tras diversas Comunicaciones de la Comisión Europea y Resoluciones del Parlamento que siguieron a las llamadas realizadas por el Parlamento Europeo a la preparación de un Código civil europeo (Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 (DOCE, núm. C 158/400-401) y de 6 de mayo de 1994 (DOCE, núm. C-205, de 25 de julio de 1994, pág. 518). Sobre la base de las reacciones a la Comunicación de 2001 sobre derecho contractual europeo (DO C 255 de 13 de septiembre de 2001, pág. 1), seguida por la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros [COM (2001) 398], la Comisión presentó en febrero de 2003 su «Plan de Acción-Un derecho contractual europeo más coherente» [COM (2003) 68 final, DO C 63 de 15 de marzo de 2003, pág. 1]. Los objetivos del «Plan de Acción» eran aumentar la coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual, promover la elaboración de cláusulas contractuales de carácter general a nivel comunitario y estimular la discusión sobre la necesidad de adoptar un instrumento opcional. Es en esta Comunicación que se introduce la noción de un Marco Común de Referencia, que «debería presentar las mejores soluciones posibles a nivel de terminología y de reglas comunes, por ejemplo, la definición de conceptos fundamentales y abstractos como "contrato" o "daños", y de las normas aplicables, por ejemplo, en caso de incumplimiento de contrato» y «constituir una base para una futura reflexión sobre un instrumento facultativo en el ámbito del Derecho contractual europeo». La siguiente Comunicación del Consejo de 11 de octubre de 2004, «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro» [COM (2004) 651], indica cómo se va a desarrollar el marco común de referencia para reforzar la coherencia del acervo relacionado con la protección del consumidor, y fija el horizonte de 2009 para su finalización, dejando meridianamente claro que no se trata de elaborar un Código civil o un Código de derecho contractual, aunque no se descarta su promulgación por vía de Reglamento comunitario. La Comisión ha publicado también dos informes de seguimiento del proceso de confección del CFR, el primero de 23 de septiembre de 2005, «Primer informe anual sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo» [COM (2005) 456]; luego el Informe de la Comisión, de 25 de julio de 2007, «Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia» [COM (2007) 447]. El Consejo de Justicia e Interior decidió en su reunión bajo la presidencia eslovena el 18 de abril de 2008 que el CFR debía ser una «herramienta» para una legislación mejor, que debía contener el derecho contractual general y el derecho del consumo y que, en cuanto a su eficacia jurídica, se concebía como «a set of non-binding guidelines to be used by lawmakers at Community level on a voluntary basis as a common source of inspiration or reference in the lawmaking process», rechazando, pues, que pueda devenir un instrumento opcional, posibilidad que las Comunicaciones anteriores sí habían manejado. Posteriormente, la Conclusión 20.ª de la Presidencia del Consejo Europeo tras el Consejo de Bruselas los días 19 y 20 de junio de 2008, que afirma que «[e]l Consejo Europeo subraya la necesidad de continuar rápidamente los trabajos sobre el proyecto para establecer un marco común de referencia para el Derecho contractual europeo». Finalmente, el Parlamento Europeo ha dado a conocer la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo, en la que acoge favorablemente la presentación del proyecto de MCR y considera, entre otros aspectos, que la Comisión debe tener presente que el MCR podría ir mucho más allá de un mero instrumento legislativo y convertirse en un instrumento opcional al que las partes podrían voluntariamente someterse (modelo *opt-in*).

<sup>12</sup> El DCFR se compone de diez libros, divididos en partes, y un anexo de definiciones. La regulación específica de los contratos de distribución se encuentra en el libro IV, Parte E.



con vistas a la oportuna elaboración de la tan esperada regulación de este tipo contractual o, alternativamente, como guía para la elaboración de un código de conducta en línea con las propuestas que se derivan del «Informe sobre la problemática de los contratos de distribución».

## II. LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN EL DCFR: LIBERTAD, EFICIENCIA, IGUALDAD

A nuestro juicio, la decisión de conferir un marco normativo a los contratos de distribución resulta acertada especialmente si se realiza a través de determinadas pautas que atiendan a los grandes problemas suscitados por la figura. En el caso español, estas pautas han sido identificadas por el «Informe sobre la problemática de los contratos de distribución» que, como tendremos ocasión de comprobar, presentan una extraordinaria afinidad con los principios que sustentan el DCFR. La primera línea directriz apuntada por el Informe se centra en la **libertad de contratación** «entendida en el sentido de libertad para decidir si se desea contratar con una empresa o no, y la libertad de pacto por la que los sujetos que concurren en el mercado pueden decidir cuáles son las condiciones a aplicar en las relaciones que mantienen»<sup>13</sup>. La libertad es uno de los principios presentes en el DCFR que se manifiesta con especial intensidad en las normas sobre los contratos a través de una de sus principales expresiones: la autonomía privada<sup>14</sup>. La salvaguarda de este principio se garantiza ofreciendo una regulación de carácter general que proporciona un marco jurídico básico del contrato de que se trate mediante una drástica reducción de los requisitos formales y procedimentales y la escasa presencia de normas imperativas.

Las características descritas resultan plenamente compatibles con la segunda línea directriz del Informe que reclama «una **norma de mínimos y con carácter horizontal** que contemple las condiciones básicas que deben reunir todos los contratos de distribución, permitiendo las especificidades propias de cada sector y la evolución jurídica de esta figura de acuerdo con las necesidades del mercado». Lo que se viene a decir es que la recepción legal del contrato de distribución se realice a través de un modelo de «tipo mínimo» menos exhaustivo que los previstos en las normas codiciales pero mucho más eficaz para adaptarse a los cambios. La regulación legal del contrato cumple así una función meramente facilitadora de modo que los particulares no necesitan «idear» el contrato cada vez que quieren realizar la operación jurídica ya que la propia norma ofrece una reglamentación justa y equilibrada de las relaciones jurídicas o, si se prefiere, una ordenación más racional de los intereses en juego lo que resulta especialmente útil para la personas físicas e incluso pequeñas y medianas empresas (PYMES) que no disponen de los recursos para obtener un asesoramiento jurídico especializado. Desde esta perspectiva, a la promoción de la libertad contractual se superpone el

<sup>13</sup> Del Informe, pág. 82.

<sup>14</sup> El artículo II.-1:102 DCFR recoge expresamente la autonomía de las partes con el siguiente tenor literal: (1) *Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules.* (2) *Parties may exclude the application of any of the following rules relating to contracts or other juridical acts, or the rights and obligations arising from them, or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided.* (3) *A provision to the effect that parties may not exclude the application of a rule or derogate from or vary its effects does not prevent a party from waiving a right which has already arisen and of which that party is aware.*

**principio de eficiencia** que debe guiar la producción del derecho privado en general y del derecho contractual en particular.

Finalmente, el Informe plantea una cuestión que a nuestro modo de ver es de vital importancia si lo que se pretende es alumbrar una norma sobre los contratos de distribución que sea (razonablemente) bien recibida por los operadores del sector. Nos referimos a la posición que debe adoptar el legislador español frente a la existencia de un presunto desequilibrio de poder entre las partes. En efecto, «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»<sup>15</sup>. El dilema consiste en decidir si estas medidas se introducen o no en la regulación del ámbito jurídico-obligacional de los contratos de distribución. El «Informe sobre la problemática de los contratos de distribución» puede opinar más alto pero no más claro: «(S)i se trata de contratos entre empresarios independientes, no se puede hacer responsable a uno de ellos del éxito del negocio del otro bajo pretexto de proteger a la parte más débil. Ambos tienen que asumir el riesgo del fracaso empresarial de sus respectivas actividades. No se puede buscar una regulación tan protectora de una de las partes que desvirtúe las consecuencias que deben asumirse cuando se pone en marcha un negocio». Se postula, por tanto, que la norma no incorpore correcciones redistributivas porque, como ha señalado algún autor<sup>16</sup> «la imposición de determinados términos contractuales que, por razones distributivas, tratan de beneficiar a una de las partes tendrá el efecto real de que o bien aumentará para ella el precio del bien que es objeto del contrato (porque se trasladará al precio el coste que supone para la otra parte soportar la carga que se le impone) o bien se reducirá la oferta agregada del mismo (por cuanto el incremento del coste reducirá las oportunidades de negocio) con el resultado que no solo no se beneficia a quien se pretendía beneficiar sino que, probablemente, se le esté ocasionando un perjuicio».

En plena sintonía con anteriores consideraciones, el DCFR parte de la idea que los contratos de distribución se celebran entre empresarios jurídica y económicamente independientes y que, por tanto, ninguno de ellos necesita reglas específicas de protección más allá de las que proporcionan las normas generales sobre la contratación. La premisa de la **igualdad entre las partes** es un dato que puede contribuir a desbloquear la (hasta ahora) recalcitrante negativa de los proveedores a reconocer siquiera la conveniencia de una intervención legislativa en el ámbito de los contratos de distribución<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Fernando GÓMEZ POMAR y Marian GILI SALDAÑA, «Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución», *Indret* 1/2010, pág. 5.

<sup>16</sup> Juan Carlos BAYÓN, «Eficiencia e inalienabilidad» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1994, (15-16, Vol.-II), pág. 977.

<sup>17</sup> En el «Informe sobre la problemática de los contratos de distribución» se recogía el parecer de, entre otros, la Asociación Nacional de Fabricantes de Automóviles y Camiones (ANFAC), en el sentido expresado, es decir, que no es precisa la elaboración de una norma sobre los contratos de distribución puesto que «se produciría un exceso de regulación en el sector que ya cuenta con dos reglamentos comunitarios que son de aplicación».

### III. LA RELACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Los comentarios al DCFR<sup>18</sup> califican los contratos contenidos en su ámbito de aplicación, particularmente los de distribución, de «acuerdos verticales» entre empresas que operan en distintos niveles del proceso de producción o del canal de distribución de los mismos bienes y servicios para el mercado<sup>19</sup>. Pese a que los acuerdos verticales contribuyen a mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes<sup>20</sup> también pueden producir efectos contrarios a la competencia derivados de las restricciones contenidas en los mismos (restricciones verticales)<sup>21</sup>, por este motivo el apartado 1 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>22</sup> prohíbe los acuerdos que puedan afectar el comercio y que tengan como objeto o efecto la restricción o distorsión de la competencia dentro del mercado interior. y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta los efectos beneficiosos de los acuerdos verticales, el artículo 101.3 del TFUE señala que las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas

<sup>18</sup> DCFR, pág. 3.381.

<sup>19</sup> Por tanto, son distintos de los denominados acuerdos horizontales que se producen fundamentalmente entre empresas competidoras que concurren en el mismo mercado y con intereses en principio «inconciliables e incompatibles». Son ejemplos de acuerdos horizontales: los de *joint venture* (o de constitución de una empresa en participación), de investigación y desarrollo, de producción y de especialización, de compra conjunta, de comercialización y de estandarización. *Vid.* Aitor ZURIMENDI ISLA, «El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales», *InDret*, 1/2007, 411, pág. 3.

<sup>20</sup> En particular, los acuerdos verticales permiten: de una parte, lograr una distribución eficaz, ya que los distribuidores no siempre tienen los conocimientos o técnicas necesarias y los distribuidores especializados pueden realizar economías de escala o de diversificación mediante la distribución de uno o varios productos simultáneamente; y de otra, penetrar en nuevos mercados, ya que la relación con un distribuidor local con un conocimiento específico de los mercados en que se van a lanzar los productos puede incrementar las posibilidades de éxito y reducir los riesgos. *Vid.* «Libro Verde de la Comisión sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria» [COM(96) 0721-C4-0053/97], pág. 1.

<sup>21</sup> Algunos de estos efectos «anticompetitivos» pueden ser: la exclusión de otros proveedores o compradores mediante la instauración de barreras a la entrada, reducción de la competencia intermarca entre las empresas presentes en un mercado, reducción de la competencia intramarca entre los distribuidores, o las trabas a la libertad de los consumidores de comprar un determinado producto o servicio.

<sup>22</sup> Conviene recordar que desde el 1 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el título «Tratado constitutivo de la Comunidad Europea» se sustituye por «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» (en adelante, TFUE) (art. 2, apartado 1, del Tratado de Lisboa) y los artículos 81 y 82 del Tratado CE se sustituyen por los artículos 101 y 102 del TFUE, respectivamente. Dichos artículos son en esencia idénticos. A efectos del presente trabajo, las referencias hechas a los artículos 101 y 102 del TFUE se interpretarán como referencias a los artículos 81 y 82 del Tratado CE, respectivamente.

inaplicables a aquellos acuerdos entre empresas que «contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante» y sin que «a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate». El que un acuerdo vertical restrinja realmente la competencia y que, en ese caso, los beneficios pesen más que los efectos anticompetitivos, depende en muchos casos de la estructura del mercado y, por lo tanto, requiere una valoración individual. Sin embargo, la Comisión también puede conceder mediante un Reglamento una exención para todas las categorías de acuerdos. Así, la Comisión Europea de acuerdo con las competencias conferidas por el Reglamento núm. 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965<sup>23</sup> ha ido adoptando distintos Reglamentos de exención por categorías en los que se especifican los tipos de acuerdos considerados, las cláusulas restrictivas a las que se aplica una exención y las cláusulas que en ningún caso deben incluirse.

Entre los Reglamentos comunitarios actualmente en vigor destaca el Reglamento (UE) núm. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas<sup>24</sup> y el Reglamento (UE) núm. 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor<sup>25</sup>. Sin entrar ahora en el detalle del contenido de estos Reglamentos, interesa destacar la incidencia de la normativa concurrencial sobre la configuración jurídica de los contratos de distribución en un aspecto fundamental y es que los Reglamentos al enunciar las condiciones que han de reunir los acuerdos para poder beneficiarse de dicha exención identifican las cláusulas o condiciones que en ningún caso serán objeto de la misma por constituir restricciones especialmente graves y que serán sancionadas con la nulidad de pleno derecho; es obvio entonces que los operadores económicos intentarán evitar la inclusión de dichas cláusulas en sus contratos de distribución comercial. Conviene anunciar que en la redacción de sus reglas modelo el DCFR ha tenido en cuenta las disposiciones de los Reglamentos comunitarios de exención de modo que aquellas no implican contradicción ni colisión con el contenido de estas.

<sup>23</sup> DOUE 36 de 6 de marzo de 1965, pág. 533/65.

<sup>24</sup> DOUE L 102 de 23 de abril de 2010, pág. 1. Este Reglamento, que sustituye al Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, entró en vigor el día 1 de junio de 2010 y expirará el 31 de mayo de 2022.

<sup>25</sup> DOUE L 129 de 28 de mayo de 2010. El sector de los vehículos de motor, que incluye tanto a los turismos como a los vehículos comerciales, ha estado sujeto a Reglamentos específicos de exención por categorías desde 1985, siendo el más reciente el Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor. La Comisión Europea ha fijado un periodo extraordinariamente largo para la transición de los actuales contratos, basados en el Reglamento del 2002, al nuevo sistema de modo que hasta el 31 de mayo de 2013 los contratos de concesión para la venta de vehículos podrán seguir amparándose en él. A partir de esa fecha tendrán asegurada su compatibilidad con el Derecho de la Competencia si cumplen lo dispuesto en el Reglamento 330/2010. El Reglamento 461/2010 entró en vigor el 1 de junio de 2010 y expirará el 31 de mayo de 2023. Véanse también las Directrices suplementarias relativas a las restricciones verticales incluidas en los acuerdos de venta y reparación de vehículos de motor y de distribución de recambios para vehículos de motor (DOUE C 138 de 28 de mayo de 2010).

## IV. SOBRE EL CONCEPTO Y MODALIDADES DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EN EL DCFR

### IV.E.-5:101: *Scope and definitions*<sup>26</sup>

*(1) This Chapter applies to contracts (distribution contracts) under which one party, the supplier, agrees to supply the other party, the distributor, with products on a continuing basis and the distributor agrees to purchase them, or to take and pay for them, and to supply them to others in the distributor's name and on the distributor's behalf.*

*(2) An exclusive distribution contract is a distribution contract under which the supplier agrees to supply products to only one distributor within a certain territory or to a certain group of customers.*

*(3) A selective distribution contract is a distribution contract under which the supplier agrees to supply products, either directly or indirectly, only to distributors selected on the basis of specified criteria.*

*(4) An exclusive purchasing contract is a distribution contract under which the distributor agrees to purchase, or to take and pay for, products only from the supplier or from a party designated by the supplier.*

El DCFR entiende que el contrato de distribución es el celebrado entre dos partes, proveedor<sup>27</sup> y distribuidor<sup>28</sup>, en el que se acuerda que la primera suministrará a la segunda ciertos productos<sup>29</sup> de forma continuada y esta se comprometerá a adquirirlos y suministrarlos a terceros por cuenta y en nombre propios<sup>30</sup>. El contrato de distribución se concibe así como un acuerdo marco en el que se predisponen y armonizan una serie compleja de actos y negocios singulares en los que subyace el

<sup>26</sup> Traducción propuesta: IV.E.-5:101: *Ámbito de aplicación y definiciones.* (1) El presente capítulo se aplicará a los contratos (contratos de distribución) en virtud del cual una de las partes, el proveedor, acuerda suministrar a la otra parte, el distribuidor, ciertos productos de forma continuada y el distribuidor se compromete a comprarlos, o «tomar y pagar por ellos», y suministrar en su propio nombre y por su cuenta a otros. (2) Un contrato de distribución exclusiva es un contrato de distribución en virtud del cual el proveedor se compromete a suministrar productos a un solo distribuidor en un territorio determinado o un determinado grupo de clientes. (3) Un contrato de distribución selectiva es un contrato de distribución en virtud del cual el proveedor se compromete a suministrar productos, ya sea directa o indirectamente, solo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos. (4) Un contrato de compra exclusiva es un contrato de distribución en virtud del cual el distribuidor se compromete a comprar o «tomar y pagar», solo los productos del proveedor o de un tercero designado por el proveedor.

<sup>27</sup> El proveedor es el empresario que se sitúa en el primer nivel de la cadena de distribución y normalmente se trata de un fabricante o productor.

<sup>28</sup> Con este término se alude al empresario o empresarios situados en niveles inferiores de la cadena de distribución habitualmente comerciantes.

<sup>29</sup> El término producto es omnicompreensivo de bienes y servicios. Se descarta así la utilización del vocablo «mercancías» que tradicionalmente aparece vinculado al concepto de bien excluyendo los servicios y se mantiene cierta coherencia con lo dispuesto en los Reglamentos de exención comunitarios.

<sup>30</sup> Esta proposición es similar a la formulada por el artículo 1 de la Ley belga de 1971 con relación a la «concesión de venta» descrita como «*toute convention en vertu de laquelle un concédant réserve, à un ou plusieurs concessionnaires, le droit de vendre, en leur propre nom et pour leur propre compte, des produits qu'il fabrique ou distribue.*».

esquema de la compraventa mercantil (compra con ánimo de reventa), o de cualquier otro negocio jurídico oneroso y transmisivo de la propiedad <sup>31</sup> como cauce jurídico para canalizar las relaciones entre el proveedor y el distribuidor. Sin embargo, la finalidad de este tipo contractual no se corresponde con la de un simple intercambio de cosa por precio, ni siquiera con la de un intercambio *planificado* de prestaciones entre dos o más empresarios <sup>32</sup>, el propósito fundamental de estos negocios consiste en articular vínculos de colaboración estable entre empresarios independientes que operan en una fase económica diferente del proceso productivo con el objetivo de hacer llegar el producto desde el proveedor hasta el destinatario. En definitiva, lo que podríamos denominar una *función de colaboración asociativa en redes* <sup>33</sup>.

En cuanto a las modalidades del contrato de distribución, el DCFR constituye una novedad respecto de la generalidad de ordenamientos jurídicos europeos que puede contribuir a clarificar el caos tipológico que reina sobre la materia propiciado entre otros factores por la cambiante y compleja realidad que el fenómeno de la distribución comercial representa. El párrafo (2) contiene la principal figura a través de la cual se articula jurídicamente *la distribución exclusiva*. En este contrato, el proveedor se compromete a suministrar los productos o servicios especificados en el contrato a un solo distribuidor en una determinada zona geográfica (exclusividad territorial) o respecto de un determinado grupo de consumidores (asignación de clientes exclusivos). La definición incluye tanto al distribuidor exclusivo como al distribuidor único, según que el proveedor deba abstenerse o no de la venta directa a los destinatarios finales.

El contrato de *distribución selectiva* se recoge en el párrafo tercero en términos similares a los del Reglamento (UE) núm. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010. Responde a un modelo de distribución en el que el proveedor se compromete a suministrar los bienes o servicios directa o indirectamente, solo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos que pueden ser de tipo cuantitativo o cualitativo. En el primer caso, se limita el número de distribuidores atendiendo a variables de «cantidad» tales como el volumen de población o de negocio; en el segundo, por el contrario, se aplican parámetros relacionados con la naturaleza de los bienes o servicios contractuales, por ejemplo, la calificación técnica de los distribuidores. En la distribución selectiva «cualitativa», estos criterios han de aplicarse de forma uniforme para todos los distribuidores que soliciten su inclusión en el sistema de distribución sin limitar directamente su número. En cualquier caso, parece evidente que los contratos de distribución selectiva y exclusiva responden a intereses y necesidades diversos. En efecto, si con la distribución exclusiva, se pretende una «concentración» de las ventas en un solo operador por cada territorio o colectivo de clientes en el contrato de distribución selectiva, sin embargo, se busca garantizar la comercialización de los productos o servicios de conformidad con determinados criterios técnicos o de calidad para man-

<sup>31</sup> La referencia a «tomar y pagar» alude a cualquier negocio jurídico oneroso que constituya un título válido para la transmisión de la propiedad sobre los bienes y productos. En el caso español, podríamos entender incluidos, además de la compraventa, el contrato de suministro y el contrato estimatorio.

<sup>32</sup> En el mismo sentido, entre otros, Ricardo Alonso SOTO, «Contratos de distribución comercial y Defensa de la Competencia», *Cuadernos de Derecho Judicial (Ejemplar dedicado a los Contratos de Agencia, distribución y franquicia)* XXI-2006, pág. 170.

<sup>33</sup> *Vid.* Ricardo LORENZETTI, «Contratos modernos: ¿Conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo. Problemas contractuales típicos. Finalidad supracontractual y conexidad», *La Ley*, 1996-E, 851.

tener el prestigio del proveedor o de sus signos distintivos o para asegurar un elevado nivel de servicio posventa entre otros.

Finalmente, el tercer párrafo alude al contrato de *compra exclusiva* que se califica también como un contrato de distribución en virtud del cual el distribuidor se compromete a comprar o «tomar y pagar», solo los productos del proveedor o de un tercero designado por el proveedor.

Sobre la base de lo expuesto se advierte la aptitud de la concepción del contrato de distribución expresado por el DCFR para acomodarse a nuestro derecho en la medida que aquella contiene los elementos integrantes del tipo identificados por la doctrina<sup>34</sup> y la jurisprudencia española<sup>35</sup>, en particular (i) el suministro continuado de productos y servicios y (ii) la venta de los mismos por el suministrador a los terceros en nombre y por cuenta propios. Adicionalmente, coincide con la definición formulada por la Propuesta de la Comisión General de Codificación si bien el texto español ignora el modo actuación del distribuidor frente a los terceros y utiliza el término «comercializar» en lugar de «vender» o «suministrar». Así, los contratos de distribución son aquellos «cualquiera que sea su denominación, que tengan por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obliga a adquirir de otra, denominada proveedor, bienes o servicios para comercializarlos de manera duradera y estable»<sup>36</sup>. La compatibilidad debe entenderse extensiva, por cierto, a las principales modalidades de este contrato. El denominado «contrato de distribución exclusiva» por el DCFR se corresponde esencialmente con el «contrato de concesión» recogido en la Propuesta española. Este *nomen iuris* ha sido tradicionalmente adoptado por la doctrina y jurispuden-

<sup>34</sup> Vid. entre los manuales de referencia: Manuel BROSETA PONT y Fernando MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, 17.º Madrid, 2010, págs. 129 y ss.; Guillermo J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil*, 6.º Madrid, 2000, pág. 277, José Luis DÍAZ ECHEGARAY, «El contrato de distribución exclusiva o de concesión», en *Contratos Mercantiles*, tomo I, Navarra, 2009 (Obra colectiva dirigida por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), pág. 762. José María DE LA CUESTA RUTE (Dir.) Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA (coord.) *Contratos Mercantiles*, Barcelona, 2009. En trabajos monográficos: Fernando MARTÍNEZ SANZ: «Contratos de Distribución», *Actas del 1 Congreso de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: Balance y Perspectivas*, Barcelona, 2007, pág. 503; Ricardo ALONSO SOTO: «Contratos de distribución comercial y Defensa de la Competencia», ob. cit. pág. 170; Alicia GARCÍA HERRERA, *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Valencia, 2006; Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ, *El contrato mercantil de concesión*, Navarra, 2007; Javier FONTCUBERTA LLANES, *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, Madrid, 2009; María José HERRERO GARCÍA (Dir.), José Ramón GARCÍA VICENTE y María José VAQUERO PINTO (coord.), *La contratación en el Sector de la Distribución Comercial*, Navarra, 2010; Alberto Alonso Ureba, Luis VELASCO SAN PEDRO, Carmen ALONSO LEDESMA, Joseba Aitor ECHEVARRÍA SÁENZ y A. Jorge VIERA GONZÁLEZ (Dir.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010.

<sup>35</sup> La STS de 18 mayo de 2009 (RJ 2009/3176) señala al respecto que: «Conviene recordar que el contrato de distribución es un contrato atípico, englobado dentro de los llamados de colaboración comercial, como ocurre con los de agencia y franquicia, en el que está presente la idea de la mutua cooperación de empresarios por un tiempo indefinido o determinado pero con vocación de estabilidad, para la difusión de un producto, marca o servicio en un ámbito geográfico convenido, de forma exclusiva o no, en beneficio del principal, quien, sin necesidad de afrontar los costes de una red de difusión, va a lograr este mismo fin gracias al distribuidor, el que, por su parte, actúa en su nombre y por cuenta propia al comprar en firme al empresario concedente y revender, asumiendo los riesgos de la comercialización (por todas, Sentencia de 20 de julio de 2007 (RJ 2007, 4694), con cita de las de 8 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8637) y 1 de febrero (RJ 2001, 2231) y 31 de octubre de 2001 (RJ 2002, 227)».

<sup>36</sup> Vid. artículo 1.1 de la Propuesta. El segundo párrafo del precepto aclara que esta denominación comprende, tanto los contratos celebrados por proveedores con mayoristas o minoristas, como los concertados por mayoristas con minoristas.

cia<sup>37</sup> española en referencia a un modalidad de distribución en la que el proveedor debe respetar las zonas geográficas atribuidas con carácter exclusivo y que se define como aquel por el que «el distribuidor pone su establecimiento al servicio de un proveedor para comercializar, en régimen de exclusividad y bajo directrices y supervisión de este, bienes y servicios en una zona geográfica determinada»<sup>38</sup>. Sin embargo, la Propuesta no registra ninguna modalidad en la que la exclusividad se predique respecto de una determinada clientela.

El contrato de distribución selectiva del DCFR resulta comprensivo de dos modalidades recogidas en la Propuesta: el «contrato de distribución selectiva» y el «contrato de distribución autorizada». En el primero, «el proveedor se obliga a vender los bienes o servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él y que no gozan de exclusividad territorial, mientras que el distribuidor se compromete a revenderlos a consumidores y usuarios finales, respetando las instrucciones pactadas y prestando, en su caso, asistencia técnica a los compradores»<sup>39</sup>. En el contrato de distribución autorizada, «el proveedor se obliga a suministrar al distribuidor bienes y servicios para que este los comercialice, bien directamente o bien a través de su propia red, como distribuidor oficial, en una zona geográfica determinada»<sup>40</sup>.

Por último, la Propuesta acoge el contrato de compra en exclusiva con una definición prácticamente idéntica a la adoptada por el DCFR indicando que es aquel por «el cual el distribuidor, a cambio de contraprestaciones especiales, se obliga a adquirir, para su comercialización, determinados bienes o servicios solamente al proveedor o a otras personas a quienes este designe»<sup>41</sup> y añade otra modalidad, el «contrato de venta en exclusiva», por el cual «el proveedor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes o servicios especificados en el contrato para su comercialización en dicha zona»<sup>42</sup>.

La única discrepancia digna de mención entre el DCFR y la Propuesta española consiste en la inclusión, en el segundo caso, del contrato de franquicia como una modalidad más del contrato de distribución. A nuestro modo de ver, esta circunstancia deriva de una cierta confusión acerca de la utilización de la denominación «contratos de distribución» para referirse tanto a una categoría amplia de contratos que comparten idéntica finalidad socioeconómica, como a un tipo o modalidad de estos. En este sentido, estaríamos de acuerdo en la inclusión de la franquicia en la categoría de contratos de distribución o, con mayor precisión, de contratos «en materia

<sup>37</sup> De hecho, la jurisprudencia española suele utilizar indistintamente los términos, concesión, distribución y distribución exclusiva. Así, la SAP de Jaén de 15 septiembre de 1999 (AC 1999\2325): «El contrato de distribución, como también se conoce la concesión mercantil encuadrándose dentro de la categoría judicial de los contratos de colaboración (...); STS de 12 de junio de 1999: «La concesión mercantil, también conocido como contrato de distribución, encuadrable dentro de la categoría jurídica de los contratos de colaboración (...); STS de 26 de abril de 2000: «Como es sabido el Contrato de Concesión o Distribución (...); STS de 21 enero de 2009 (RJ 2009\552): «en cuanto a la calificación del contrato como de concesión, o de distribución en exclusiva (...)).

<sup>38</sup> Artículo 2.5 de la Propuesta.

<sup>39</sup> Artículo 2.4 de la Propuesta

<sup>40</sup> Artículo 2.3 de la Propuesta.

<sup>41</sup> Artículo 2.1 de la Propuesta.

<sup>42</sup> Artículo 2.2 de la Propuesta.



de distribución»<sup>43</sup>, en la medida que todos ellos comparten un fin común; sin embargo, el contrato de franquicia debe distinguirse claramente del contrato de distribución, en sentido estricto, por diversas razones. En primer lugar, porque siendo la comercialización de productos una de las finalidades típicas de franquicia, existen otras categorías como la denominada franquicia industrial o de producción en la que el franquiciador cede al franquiciado una patente y/o *know-how* técnico para la fabricación de los productos que se comercializarán bajo la marca que distingue a la red, cuyo uso también se licencia<sup>44</sup>. En segundo lugar, porque la finalidad económica aparece fuertemente connotada por la concesión de licencias de uso sobre determinados derechos de propiedad intelectual, así como por la transmisión de una serie de conocimientos técnicos que resultan imprescindibles para explotar adecuadamente el modelo de negocio del franquiciador. En definitiva, el contrato de franquicia no se limita a establecer una relación de colaboración estable y duradera entre empresarios independientes para la comercialización de productos sino que, además, exige que esta comercialización se realice por el franquiciado de acuerdo con el formato de negocio y la política comercial de aquel. Esta circunstancia conduce, en última instancia, a que el franquiciado se integre en una organización empresarial (red de franquicia) que aparece frente a terceros con una identidad de imagen y una unidad de acción señalada por los redactores del DCFR en sus comentarios con el siguiente tenor: «*more generally, franchise networks are characterised by a much stronger uniformity than ordinary distribution networks. In fact, in the eyes of consumers there is frequently no difference between a daughter company and franchisee*»<sup>45</sup>. Por todo ello, consideramos que la opción del DCFR, en el sentido de distinguir nítidamente el contrato de franquicia del contrato de distribución (en sentido estricto) es más rigurosa que la adoptada por la Propuesta española.

## V. DEBERES PRECONTRACTUALES

### IV-2.101: *Pre-contractual information duty*<sup>46</sup>

*A party who is engaged in negotiation for a contract within the scope of this Part has a duty to provide the other party, a reasonable time before the contract is concluded and so far as*

<sup>43</sup> MORALEJO MENÉNDEZ, ob. cit., pág. 55. El autor cita a PARDOLESI como principal abanderado de esta denominación alternativa y probablemente más depurada.

<sup>44</sup> La franquicia se divide a menudo en franquicias industriales, franquicias de distribución y franquicias de servicio. Las franquicias industriales se definen como concernientes a la fabricación de productos y como consistentes en licencias de fabricación basadas en patentes y/o *know-how* técnico acompañada de licencias de marcas. Las franquicias de distribución son las referentes a la venta de productos y las franquicias de servicio a la prestación de servicios. Otras descripciones de franquicia las dividen en franquicias de distribución de productos y franquicias de formato comercial. La primera es aquella en que el franquiciado vende productos fabricados o suministrados por el franquiciador bajo la marca del franquiciador a cambio del pago de cuotas y, más a menudo, la promesa de limitar sus ventas a los productos del fabricante o proveedor. La franquicia de formato comercial es aquella en que se concede el derecho a utilizar un formato comercial específico. Sobre este particular, *vid. Guía UNIDROIT de franquicia*, Roma, 2005, pág. 243 y Reglamento (CEE) núm. 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia.

<sup>45</sup> *Id.* DCFR, pág. 2.383.

<sup>46</sup> Traducción propuesta: IV.2.1. Deberes de información precontractual. Cada una de las partes de los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de esta parte tiene el deber de proporcionar a la otra con un plazo razonable antes de la celebración de dicho contrato y siempre que venga exigido por las buenas prácticas comerciales, información suficiente que permita a la otra parte decidir, razonablemente informada, si va a celebrar o no dicho contrato y los términos en que va a celebrarse.

*required by good commercial practice, with such information as is sufficient to enable the other party to decide on a reasonably informed basis whether or not to enter into a contract of the type and on the terms under consideration.*

La caracterización funcional de los contratos de distribución justifica, en gran medida, que su celebración vaya precedida de un periodo de negociaciones o tratos preliminares en el que los intervinientes realicen una serie de actos y operaciones con el propósito de discutir y preparar el contrato definitivo. En este contexto, el principio general de buena fe y justo trato impone una serie de deberes típicos en la fase formativa de cualquier contrato<sup>47</sup> entre los que se encuentra el deber de información precontractual previsto en el artículo IV.E-2:101 que aparece conectado con otras disposiciones del Libro II DCFR, particularmente, el artículo II-3:101. En los contratos B2B el deber enunciado se impone a ambas partes por lo que ha de entenderse que no tiene una finalidad tuitiva fundamentada en la existencia de asimetrías de información o de poder económico entre los operadores<sup>48</sup> sino que se limita a promover condiciones de transparencia y competencia en el mercado presumiendo que las partes interesadas en la negociación se hallan en pie de igualdad. Por otra parte, el deber de información solo alcanza las expectativas razonables del destinatario de la misma cuando la provisión de información se corresponde con «la buena práctica comercial»<sup>49</sup>, expresión que alude a un modelo de conducta de los comerciantes acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad de aquellos<sup>50</sup>. Entendemos que las buenas prácticas comerciales podrían vincularse a la definición de «diligencia profesional» adoptada por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. Así, una buena práctica comercial implicaría un nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas

<sup>47</sup> En el comentario B del artículo III.-1:103 del DCFR se indica que justamente en las relaciones que se prolongan durante un periodo de tiempo, tales como contratos de agencia y de distribución, el concepto de buena fe tiene un significado particular, como una guía para el comportamiento de las partes.

<sup>48</sup> Durante las últimas décadas la consideración de la existencia de asimetrías de información entre los participantes en una determinada relación ha dado lugar a numerosos estudios teóricos y empíricos que tratan de determinar las propiedades de los contratos y, en particular, los incentivos que estos incorporan para minimizar las consecuencias negativas de dicha información asimétrica. Estas consecuencias pueden ser de dos tipos según el momento en que se constata la hipótesis de información asimétrica; así, si las partes tienen distinta información antes de celebrar el contrato puede producirse un fenómeno de selección adversa, expresión que alude a un posible oportunismo en la fase formativa, por tener una de las partes información no revelada que afecta a los intereses de la otra parte, que convierte el contrato en poco ventajoso para esta. En cambio, cuando la información asimétrica se produce en un momento posterior a la conclusión del contrato existe la posibilidad de riesgo moral debido a que una de las partes puede realizar u omitir acciones en perjuicio de la otra parte sin que ello sea fácilmente observable. La existencia de asimetrías de información ha sido utilizada por la doctrina para argumentar el fundamento de los deberes de información precontractual junto a otros factores como el desequilibrio económico de los contratantes.

<sup>49</sup> El apartado (2) de artículo II-3:101 dispone que «*In assessing what information the other person can reasonably expect to be disclosed, the test to be applied, if the other person is also a business, is whether the failure to provide the information would deviate from good commercial practice*».

<sup>50</sup> En cuanto a ejemplos concretos de estas «buenas prácticas» probablemente una buena fuente de las mismas la constituya los Códigos Deontológicos de las diversas organizaciones empresariales como los previstos para la franquicia por la Federación Europea del Franchising (FEF) o sus homólogas en los distintos Estados miembros de la Unión Europea.

del mercado. En cuanto al contenido y extensión del deber de información precontractual, el DCFR se limita a exigir que sea *suficiente* para que las partes puedan decidir la celebración del contrato con conocimiento de causa. A falta de una configuración más precisa de este deber es evidente que la remisión a las «buenas prácticas comerciales» adquiere una extraordinaria relevancia en la medida que permite fijar con mayor detalle aquellas circunstancias o aspectos que deben ser revelados por las partes con carácter previo a la celebración del contrato. A título de ejemplo, los comentarios del DCFR<sup>51</sup> señalan los siguientes: características particulares del sector comercial de que se trate, estructura y extensión de la red comercial, remuneración y honorarios. El DCFR opta por no fijar un concreto periodo de tiempo previo a la conclusión del contrato para suministrar información ni se pronuncia sobre el contenido de la misma, limitándose a señalar que aquel sea razonable para permitir que quienes la reciban puedan realizar un juicio prudente acerca de la oportunidad de celebrar dicho negocio. Tampoco se recogen exigencias formales como que dicha información deba proporcionarse por escrito o la entrega de determinada documentación.

Si bien el deber de información precontractual es compatible con el derecho español, contrasta con el régimen imperativo extraordinariamente minucioso y formalista que prevé la Propuesta española<sup>52</sup>. La diferencia en la configuración de este deber en ambos textos obedece, obviamente, a los diversos principios que inspiran su formulación. En todo caso, estamos de acuerdo en que no parece adecuado que, en el contexto de la relación entre empresarios, «se precise de un modelo cuyo nivel de exigencia resulta más próximo al que deben mantener los empresarios en sus actividades de promoción con los consumidores»<sup>53</sup>.

## VI. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

Puesto que el ordenamiento español carece de una norma legal que preconfigure el contenido jurídico-obligacional del contrato de distribución, las disposiciones del DCFR en este ámbito resultan de especial interés. Para una mayor claridad expositiva dividiremos este epígrafe en tres apartados que recogen, respectivamente, las obligaciones que con carácter general son exigibles a ambas partes del contrato y las obligaciones específicas impuestas tanto al proveedor como al distribuidor.

<sup>51</sup> Vid. DCFR, págs. 2.287 y 2.288.

<sup>52</sup> Así, frente a la libertad formal que postula el DCFR, la Propuesta exige que las partes se entreguen por escrito toda la información necesaria para poder obligarse con conocimiento de causa. Ante la ausencia de un plazo de tiempo para suministrar la información, la Propuesta requiere un mínimo de un mes de antelación a la fecha de celebración del contrato. Finalmente, con relación a los extremos que deben ser revelados en la etapa contractual, la Propuesta obliga a facilitar toda la información necesaria para que puedan obligarse con conocimiento de causa y, en especial (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 distintivos 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.

<sup>53</sup> Fernando GÓMEZ y Marian PILLI, ob. cit. pág. 18.

## VI.1. Obligaciones generales: cooperación, información durante la vigencia del contrato y confidencialidad

Las obligaciones que seguidamente serán expuestas son exigibles a las partes intervinientes en un contrato de distribución cualquiera que sea la modalidad adoptada por este y, más en general, a todos los contratos cuya finalidad sea la de articular jurídicamente vínculos de colaboración estable y duradera entre empresarios para la comercialización de determinados bienes y servicios <sup>54</sup>.

### VI.1.1. El deber de cooperación

#### IV.E.-2:201: Co-operation <sup>55</sup>

*The parties to a contract within the scope of this Part of Book IV must collaborate actively and loyally and co-ordinate their respective efforts in order to achieve the objectives of the contract.*

El DCFR recoge en este precepto un deber contractual que se proyecta con especial intensidad en los contratos que tienen como finalidad principal el establecimiento de vínculos de colaboración estable y duradera entre empresarios. En efecto, a diferencia de los denominados contratos de cambio en los que cada parte persigue intereses contrapuestos que se satisfacen mediante el estricto cumplimiento de los deberes que a cada una le incumben, las relaciones jurídicas de distribución comercial se caracterizan por la existencia de un fin común cuya consecución requiere una coordinación en la conducta de los contratantes <sup>56</sup> que trasciende el mero intercambio de prestaciones debidas. Este fin común consistente en organizar la venta de los productos o servicios del proveedor no excluye la presencia de intereses individuales no coincidentes de los contratantes pero les compele a actuar conscientes de que la obtención de su beneficio particular depende en gran medida de la satisfacción de aquel. Adicionalmente, estos contratos constituyen un claro paradigma de lo que en la teoría económica se conoce como «relaciones de agencia» <sup>57</sup>, esto es, aquellas en las que una per-

<sup>54</sup> Por este motivo, el DCFR los contempla con carácter general para la agencia y la franquicia.

<sup>55</sup> Traducción propuesta: IV.E.-2:201: Cooperación. Las partes de un contrato incluido en esta parte del libro IV deben colaborar activa y lealmente y coordinar sus respectivos esfuerzos para alcanzar los objetivos del contrato.

<sup>56</sup> *Vid.* Fernando MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Madrid, 1995, pág. 26. El autor alude a la expresión «coordinación en las conductas» (*Verhaltensabstimmung*) para indicar que está presente en todos los contratos de distribución en mayor o menor medida y que, de hecho, el diferente grado de coordinación sirve para establecer una diferenciación entre ellos.

<sup>57</sup> Concretamente, nos referimos a una corriente alternativa al análisis económico clásico conocida como «nueva economía institucional» cuyo interés fundamental se centra en la descripción de los motivos que impulsan el comportamiento individual en la realización de actividades dentro del proceso económico y en la constitución de las instituciones que lo explican. Dentro del conjunto de esta escuela de pensamiento, destaca la Teoría de la Agencia formulada por JENSEN y MECKLING (1976). El punto central de la teoría es determinar, ante una relación de agencia dada, el «contrato» más eficiente para dirigirla teniendo en cuenta las características de las partes involucradas y el hecho que la incertidumbre en el entorno y los costes de obtener información hacen imposible que el principal controle completamente al agente. La presencia de «relaciones de agencia» es típica en todo el sector de la comercialización ya que la mayoría de bienes y servicios se distribuyen a través de intermediarios. *Vid.* Louis W STERN, Adel I EL-ANSARY, Anne T. COUGHLAN e Ignacio CRUZ, *Canales de Comercialización*, 5.º, Madrid, 1999, pág. 284.

sona denominada «principal», encarga a otra, denominada «agente», la realización de una tarea o la toma de decisiones en beneficio de la primera, a cambio de una remuneración y otorgándole amplia capacidad de decisión. La relación de agencia plantea un problema económico fundamental consistente en «alinearse de la mejor manera posible los intereses del principal, que pretende maximizar los beneficios resultantes de la actividad de su agente, con los de este, que quiere maximizar los de su propia actividad»<sup>58</sup>. Este problema se traduce jurídicamente en la necesidad de diseñar reglas contractuales y legales de la relación entre ambos que promuevan la conciliación de sus intereses respectivos y minimicen el riesgo de conductas no colaborativas<sup>59</sup>. Por otro lado, la virtualidad de este deber también se aprecia desde la consideración de los mismos como acuerdos en los que la duración aparece como un elemento esencial no solo porque su ejecución se prolonga a lo largo de un cierto tiempo sino porque esta pervivencia temporal resulta imprescindible para alcanzar el fin común que los caracteriza. Se afirma entonces que la utilidad del contrato es proporcional a su duración<sup>60</sup>. Precisamente, por tratarse de contratos de larga duración o de tracto sucesivo, existe el riesgo que durante su vigencia se produzcan determinadas eventualidades que exigen la colaboración de las partes para tratar de resolverlas, adaptándose a la nueva situación en aras de la consecución del fin común.

A pesar de la falta de reconocimiento legal, el deber de colaboración ha sido ampliamente reconocido por la doctrina científica y la jurisprudencia con base en el principio de buena fe<sup>61</sup> entendiendo, además, que tal colaboración constituye un elemento teleológico de los contratos de distribución en general<sup>62</sup> que llega a trascender el propio convenio y le hace estar presente no solo a lo largo de toda la duración del contrato sino ya desde la fase precontractual y con posterioridad a la terminación del mismo. Todo ello permite colegir la compatibilidad del derecho español con la previsión contenida en el artículo IV.E.-2:201 DCFR.

<sup>58</sup> Pablo Salvador CODERCH *et al.* «Respondeat Superior I», *InDret*, 02/2002, pág. 10.

<sup>59</sup> Los problemas de cooperación contractual en los contratos de distribución han sido señalados por: Fernando GÓMEZ POMAR y Marian GIL SALDAÑA. «Cuestiones de formación...», *ob. cit.*, págs. 8 y ss., y con el mismo título en el capítulo VII de *Los contratos de distribución*, *ob. cit.*, pág. 253.

<sup>60</sup> María Enciso ALONSO-MUÑUMER, «Duración de los contratos de distribución comercial», en *Los contratos de distribución*, *ob. cit.*, pág. 549.

<sup>61</sup> *Id.* STS de 13 abril de 2004 (RJ 2004\2619): «La buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata u oferta contratar (precontrato) queda obligado, no solo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales; así, quien contrata o emite un consentimiento cual el prominente referente queda obligado, por un principio de normalidad instaurado en el artículo 1.258 del Código Civil (LEG 1889, 27) a todas las consecuencias que, según la manifestación de voluntad y su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, lo que hizo decir a esta Sala (Sentencias de 8 de julio de 1981 [RJ 1981, 3053], 21 de septiembre de 1987 [RJ 1987, 6186] y 22 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7234]), que la buena fe de este artículo no se refiere a la buena fe subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo...), al que se alude en el artículo 7 del Código, que consagra como norma el principio general de derecho de ese nombre, con lo que implica un mandato jurídico con eficacia social organizadora; y ese carácter objetivo se encamina a comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (Sentencias de 3 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 8906] y 9 de octubre de 1993 [RJ 1993, 8174], citadas en la de 8 de junio de 1994 [RJ 1994, 4905]) (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1995)».

<sup>62</sup> Por todos, Esperanza GALLEGU SÁNCHEZ: *La franquicia*, Madrid, 1991, pág. 65. Aunque la autora se refiere al contrato de franquicia entendemos que esta conclusión puede extenderse a todos los contratos de la Parte E DCFR.

### VI.1.2. La obligación de informar durante la vigencia del contrato

#### **IV.E.-2:202: Information during the performance** <sup>63</sup>

*During the period of the contractual relationship each party must provide the other in due time with all the information which the first party has and the second party needs in order to achieve the objectives of the contract.*

Como expresión del deber de cooperación y del principio de buena fe el artículo IV.E.-2:202 impone, a ambas partes, la obligación de informar durante la ejecución del contrato <sup>64</sup>. Desde un punto de vista objetivo, este deber se proyecta sobre aquellos extremos que las partes necesitan conocer para la adecuada consecución del objetivo del contrato. Particularmente, la información que debe proporcionar el proveedor se describe con cierto detalle en el artículo IV.E.-5:202 en referencia a determinados asuntos o cuestiones cuyo conocimiento es imprescindible para que el distribuidor pueda promover las ventas de los productos de forma eficiente y competitiva.

#### **IV.E.-5:202: Information by supplier during the performance** <sup>65</sup>

*The obligation under IV.E.-2:202 (Information during the performance) requires the supplier to provide the distributor with information concerning:*

- (a) The characteristics of the products;*
- (b) The prices and terms for the supply of the products;*
- (c) Any recommended prices and terms for the re-supply of the products to customers;*
- (d) Any relevant communication between the supplier and customers; and*
- (e) Any advertising campaigns relevant to the operation of the business.*

Con relación a los precios de venta o reventa hay que tener en cuenta que en virtud de lo establecido en la letra a) del artículo 4 del Reglamento 330/2010 se considera que, con carácter general, una cláusula por la que el proveedor pretenda controlar el precio al que el distribuidor puede vender

<sup>63</sup> Traducción propuesta: IV.E.-2:202: Información durante la ejecución. Durante el periodo de la relación contractual cada parte debe proporcionar a la otra, a su debido tiempo, toda la información que sea necesaria a fin de alcanzar los objetivos del contrato.

<sup>64</sup> En la Propuesta, el artículo 10.2 a) exige al proveedor que suministre la información comercial y técnica que sea precisa para la más amplia distribución de los bienes y servicios objeto del contrato pero no está previsto un deber correlativo para el suministrador.

<sup>65</sup> Traducción propuesta: IV.E.-5:202: Información del proveedor durante la ejecución. La obligación en virtud del IV.E.-2:202 (Información durante la ejecución), exige que el proveedor suministre al distribuidor información relativa a: (a) Las características de los productos; (b) Los precios y condiciones para el suministro de los productos; (c) Todos los precios recomendados y las condiciones para la reventa de los productos a los clientes; (d) Cualquier comunicación pertinente entre el proveedor y los clientes, y (e) Las campañas de publicidad de interés para el funcionamiento de la empresa.

la mercancía <sup>66</sup> tiene importantes efectos restrictivos y, por lo tanto, es contraria a las normas de libre competencia. Cuestión distinta es la mera comunicación de precios recomendados de reventa o precios máximos [letra (c) IV.E.-5:202] que no se consideran práctica restrictiva e incluso puede tener efectos beneficiosos en la medida que constituyen un medio para que el proveedor se asegure que los descuentos promocionales ofrecidos lleguen a los consumidores o el mantenimiento de una cierta uniformidad en la imagen de la red de distribución creada. Adicionalmente, el DCFR contempla una norma inspirada en el artículo 4 (2) (b) de la Directiva 86/653/CEE <sup>67</sup> que impone al proveedor el deber de advertir al distribuidor acerca de una disminución significativa de su capacidad de suministro.

#### ***IV.E.-5:203: Warning by supplier of decreased supply capacity*** <sup>68</sup>

*(1) The supplier must warn the distributor within a reasonable time when the supplier foresees that the supplier's supply capacity will be significantly less than the distributor had reason to expect.*

*(2) For the purpose of paragraph (1) the supplier is presumed to foresee what the supplier could reasonably be expected to foresee.*

*(3) In exclusive purchasing contracts, the parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.*

La ratio de este precepto es proteger el interés del distribuidor, especialmente en el contexto de un contrato de compra exclusiva en el que el mandato deviene imperativo, para que aquel pueda adaptar la comercialización de los productos ante un decremento sustancial de la capacidad de suministro del proveedor, evitando así la aceptación de pedidos de sus clientes que no esté en condiciones de satisfacer. La imposición de este deber no resulta excesivamente gravosa para el proveedor en la medida que solo resulta exigible cuando este prevea que su capacidad de suministro será «significativamente» menor en relación a la esperada por el distribuidor <sup>69</sup>. Quedan descartadas, por tanto, situaciones de dificultad menor o puramente transitorias. Por otro lado, la advertencia se limita al

<sup>66</sup> Como indican las Directrices (48) el mantenimiento del precio de reventa también se puede lograr con medios indirectos. Ejemplos de esta última posibilidad son los acuerdos por los que se fija el margen de distribución; se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecido; se subordina la concesión de descuentos o la devolución por parte del proveedor de los costes promocionales a la observancia de un determinado nivel de precios; se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores; las amenazas, intimidación, advertencias, multas, retraso o suspensión de entregas o resoluciones de contratos en relación con la observancia de un determinado nivel de precios.

<sup>67</sup> En sede de agencia comercial se impone al principal el deber de «(b) procurar al agente comercial las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia, y, en particular, en el momento en que prevea que el volumen de las operaciones comerciales va a ser sensiblemente inferior al que el agente comercial hubiera podido esperar, ponerle al corriente de ello, con razonable antelación».

<sup>68</sup> Traducción propuesta: V.E.-5:203: Advertencia por el proveedor de disminución de su capacidad de suministro. (1) El proveedor debe advertir al distribuidor en un plazo razonable, cuando su capacidad de suministro será significativamente menor a la que el distribuidor puede fundadamente esperar. (2) A los efectos del párrafo (1) se presume que el proveedor tiene que prever aquello que se podía esperar razonablemente que el proveedor tenía que prever. (3) En los contratos de compra exclusiva, las partes no podrán excluir la aplicación de este artículo o dejar de aplicar o modificar sus efectos.

<sup>69</sup> En ausencia de otros datos, puede tomarse como referencia la media de suministro de los dos últimos años.

hecho mismo de la disminución futura de suministro puesto que el derecho del distribuidor no alcanza a conocer los motivos de aquella. Correlativo al deber del proveedor de informar sobre una disminución importante de su capacidad de suministro se encuentra el deber del distribuidor de advertir acerca de una reducción considerable de sus necesidades de suministro.

#### ***IV.E.-5:303: Warning by distributor of decreased requirements***<sup>70</sup>

*(1) In exclusive distribution contracts and selective distribution contracts, the distributor must warn the supplier within a reasonable time when the distributor foresees that the distributor's requirements will be significantly less than the supplier had reason to expect.*

*(2) For the purpose of paragraph (1) the distributor is presumed to foresee what the distributor could reasonably be expected to foresee.*

En este caso, el deber se instaura en beneficio del proveedor únicamente en los contratos de distribución exclusiva y selectiva. La razón es que, en virtud de dichos acuerdos, el proveedor se encuentra en una situación de dependencia respecto a los distribuidores por lo que una importante disminución de sus necesidades de suministro de estos podría provocarle serias dificultades económicas al no poder vender a otros distribuidores o a distribuidor no autorizado<sup>71</sup>. El deber de información a cargo del distribuidor se proyecta, además, sobre aquellos aspectos que sean útiles y relevantes para la contraparte (el proveedor) y que de algún modo puedan afectar a la confianza en la relación contractual. En particular, el artículo IV.E.-5:302 menciona una lista no exhaustiva de asuntos:

#### ***IV.E.-5:302: Information by distributor during the performance***<sup>72</sup>

*In exclusive distribution contracts and selective distribution contracts, the obligation under IV.E.-2:202 (Information during the performance) requires the distributor to provide the supplier with information concerning:*

*(a) claims brought or threatened by third parties in relation to the supplier's intellectual property rights; and*

*(b) Infringements by third parties of the supplier's intellectual property rights.*

<sup>70</sup> Traducción propuesta: IV.E.-5:303: Advertencia sobre disminución de las necesidades del distribuidor. (1) En los contratos de distribución exclusiva y contratos de distribución selectiva, el distribuidor debe advertir al proveedor dentro de un plazo razonable, si prevé que sus demandas serán significativamente inferiores a las que el proveedor tenía motivos para esperar. (2) A los efectos del párrafo (1) el distribuidor se presume que ha de prever aquello que se podía razonablemente esperar que el distribuidor tenía que prever.

<sup>71</sup> Esto es especialmente importante en aquellos casos en que el proveedor vende a grandes distribuidores, tales como grandes cadenas minoristas, por ejemplo, una cadena de supermercados que se ha convertido en el único distribuidor de una marca líder en el mercado minorista de alimentos nacionales.

<sup>72</sup> Traducción propuesta: IV.E.-5:302: Información de distribución durante la ejecución. En los contratos de distribución exclusiva y selectiva, en virtud de la obligación IV.E.-2:202 (Información durante la ejecución) se exige al distribuidor que proporcione al proveedor información relativa a (a) la amenaza de demandas presentadas por terceros en relación con los derechos de propiedad intelectual del proveedor, y (b) Las infracciones por parte de terceros de los derechos de propiedad intelectual del proveedor.



Aunque los derechos de propiedad industrial aparecen especialmente involucrados en sede de contratos de franquicia, no debe descartarse su importancia en el contrato de distribución especialmente en la modalidad de distribución exclusiva y selectiva, por lo que este precepto alude al deber del distribuidor de informar acerca de infracciones o demandas de terceros que afecten a los derechos de propiedad industrial del proveedor (nombre comercial, marca, patentes, etc.) a fin que este pueda ejercitar las acciones oportunas. Por lo demás, la obligación de informar durante la ejecución del contrato viene referida a cuestiones que cualquiera de las partes pueda tener a su disposición en el momento en que se trate y, por tanto, no alcanza a la necesidad de realizar un esfuerzo suplementario para su búsqueda y transmisión. En todo caso, la información debe proporcionarse a su debido tiempo, es decir, cuando sea tempestivo para que la parte que la reciba pueda ejecutar el contrato adecuadamente. Otra cosa es que se trate de una circunstancia novedosa que exija realizar algunos cambios o reajustes; en este supuesto, la información ha de facilitarse con la antelación suficiente para que la otra parte pueda adaptarse. Finalmente, el DCFR no exige ningún requisito de forma en la ejecución de este deber.

A falta de una previsión normativa expresa en el ordenamiento jurídico español, el deber de proporcionar información durante la ejecución del contrato de distribución se deriva del principio de buena fe<sup>73</sup>, por este motivo las disposiciones del DCFR sobre esta obligación resultan acomodables a nuestro derecho.

### VI.1.3. *El deber de confidencialidad*

#### **IV.E.-2:203: Confidentiality**<sup>74</sup>

*(1) A party who receives confidential information from the other must keep such information confidential and must not disclose the information to third parties either during or after the period of the contractual relationship.*

*(2) A party who receives confidential information from the other must not use such information for purposes other than the objectives of the contract.*

*(3) Any information which a party already possessed or which has been disclosed to the general public, and any information which must necessarily be disclosed to customers as a result of the operation of the business is not regarded as confidential information for this purpose.*

El artículo que analizamos contempla un deber que se deriva del principio de buena fe en la ejecución y cumplimiento de los contratos y de la necesaria cooperación de las partes consistente en mantener el secreto sobre determinadas informaciones confidenciales proporcionadas en el contexto de un

<sup>73</sup> Vid. artículos 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio.

<sup>74</sup> Traducción propuesta: IV.E.-2:203: Confidencialidad. (1) La parte que recibe información confidencial de la otra debe mantener esta información confidencial y no deberá revelar la información a terceros, ya sea durante o después del periodo de la relación contractual. (2) La parte que recibe información confidencial de la otra no debe utilizar dicha información para fines distintos de los objetivos del contrato. (3) Toda la información que ya poseía una de las partes o que haya sido divulgada al público en general, y toda la información que necesariamente debe ser revelada a los clientes como resultado de la operación de la empresa no se considera a estos efectos como información confidencial.

contrato de distribución no solo durante la ejecución o cumplimiento del mismo sino también con posterioridad a la terminación del mismo, sin que en este último caso se contemple ninguna limitación a la extensión temporal de dicha prohibición. El deber de confidencialidad no solo se concreta en la prohibición de divulgar información confidencial sino también en la prohibición de utilizar dicha información para fines distintos a los que constituyen el objeto del contrato, esto es, la distribución y/o comercialización de los productos y servicios del franquiciador. Conviene precisar que aunque el precepto no se manifiesta expresamente sobre este punto, la transmisión de información confidencial puede producirse no solo durante la ejecución del contrato sino también en la fase de negociaciones del mismo. De hecho, será imprescindible la comunicación de determinadas informaciones confidenciales con carácter previo a la conclusión del contrato para que las partes puedan decidir, con conocimiento de causa, si van a celebrar o no dicho contrato y los términos en que va a celebrarse<sup>75</sup>. En este sentido, el precepto únicamente alude a la información obtenida durante la ejecución en tanto que la prohibición de revelar o divulgar información confidencial proporcionada en la fase precontractual se encuentra prevista en el II. 3.302 (Violación de la confidencialidad). Una cuestión esencial es dilucidar qué debe entenderse por información *confidencial*. Sobre este particular el tercer párrafo del artículo IV.E.-2:203 proporciona algún indicio al expresar las circunstancias en las que la información no tiene este carácter. El primer supuesto alude a la información que ya poseía una de las partes lo que parece indicar que aquella no ha sido proporcionada por la contraparte o que se ha obtenido (lícitamente) al margen de la relación contractual; en segundo término se refiere a información pública y notoria por haber sido divulgada al público en general. Finalmente, no se califica de confidencial aquella información cuya difusión a los clientes (terceros) resulta imprescindible para la adecuada ejecución del contrato.

En el derecho español el deber de confidencialidad durante la ejecución de los contratos de distribución se infiere del principio de buena fe del artículo 57 del Código de Comercio y su incumplimiento, al margen de generar responsabilidad contractual, puede constituir un acto de competencia desleal si la divulgación afecta a los denominados secretos industriales o empresariales en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal<sup>76</sup>. De lo anterior se deduce que, en principio, las previsiones del DCFR no plantean problemas de compatibilidad con nuestro ordenamiento.

## VI.2. Obligaciones específicas del proveedor

Las obligaciones que se contemplan en esta sección son exigibles al fabricante, productor o proveedor en un contrato de distribución en cualquiera de las modalidades previstas por el DCFR o en aquellas que la práctica negocial pudiera crear en el futuro.

<sup>75</sup> Así lo señala para el contrato de franquicia, AUIFORA HERNANDO JIMÉNEZ: *El contrato de franquicia de empresa*, Madrid, 2000, pág. 107.

<sup>76</sup> Artículo 13. Violación de secretos. «1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14». Las conductas a las que se refiere la norma son la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo y la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores, que en este caso serían los deberes de confidencialidad.

### VI.2.1. Obligación de suministro

#### **IV.E.-5:201: Obligation to supply**<sup>77</sup>

*The supplier must supply the products ordered by the distributor in so far as it is practicable and provided that the order is reasonable.*

Como no podía ser de otro modo, la principal obligación específica del proveedor es la de suministrar productos al distribuidor para que este pueda desarrollar la actividad de difusión y colocación de los mismos en el mercado. El DCFR configura esta obligación con el objetivo de proporcionar cierta seguridad jurídica al distribuidor disuadiendo al proveedor de realizar determinadas conductas como la consistente en negar el suministro de forma injusta o caprichosa. En este sentido, la norma obliga al proveedor a cumplir con los pedidos razonables realizados por el distribuidor, a menos que existan razones imperiosas que le impidan hacerlo.

A falta de una norma expresa en el sentido indicado por el DCFR, la jurisprudencia española ha determinado que el incumplimiento de la obligación sin razón justificada constituye una causa para la resolución del contrato de distribución por el distribuidor debido a la frustración del objetivo del contrato. Además, el proveedor no puede poner fin a la relación contractual, de manera unilateral, invocando la falta de cumplimiento de los niveles mínimos de venta, si previamente el proveedor ha incumplido sus obligaciones de suministro<sup>78</sup>. De ello se deduce la compatibilidad del DCFR con el ordenamiento español en este punto.

### VI.2.2. Obligación de proporcionar material publicitario

#### **IV.E.-5:204: Advertising materials**<sup>79</sup>

*The supplier must provide the distributor at a reasonable price with all the advertising materials the supplier has which are needed for the proper distribution and promotion of the products.*

El uso de material publicitario (carteles, folletos, etc.) normalmente beneficia a ambas partes en el contrato de distribución. De un lado, porque contribuye a generar una imagen uniforme de los productos del proveedor entre el público destinatario de los mismos y, de otro, porque permite que el distribuidor se identifique como un proveedor de los productos de una determinada marca. Ahora bien, el distribuidor es libre para decidir si desea adherirse a una determinada campaña y, por tanto,

<sup>77</sup> Traducción propuesta: IV.E.-5:201: Obligación de suministro. El proveedor deberá suministrar los productos solicitados por el distribuidor en la medida en que sea posible y siempre que la orden sea razonable.

<sup>78</sup> *Vid.* SAP de Valencia de 13 de abril de 2007 (RF 2007/235136) y SAP de Almería de 17 de noviembre de 2000 (RJ 2001/50696).

<sup>79</sup> Traducción propuesta: IV.E.-5:204: Material publicitario. El proveedor deberá proporcionar al distribuidor a un precio razonable todos los materiales publicitarios de los que dispone y que sean necesarios para la adecuada distribución y la promoción de los productos.

utilizar el material publicitario del proveedor. En caso positivo, el artículo IV.E.-5:204 pretende evitar comportamientos discriminatorios e impone al proveedor la obligación de entregar dicho material a cualquier distribuidor que lo solicite. Asimismo, se exige que el precio de venta de estos materiales sea razonable en atención a las circunstancias del caso y los usos y prácticas del sector.

Aunque el derecho español carece de una disposición semejante, la existencia de una obligación de proporcionar material publicitario y el coste de la misma habitualmente forma parte del contenido del contrato. En las ocasiones en que ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia argumenta que el principio de buena fe obliga al proveedor a proporcionar al distribuidor los materiales publicitarios que sean necesarios para la adecuada comercialización de los productos o servicios a cambio de un precio establecido en el contrato<sup>80</sup>.

### VI.2.3. Obligación de no dañar la reputación de los productos

#### **IV.E.-5:205: The reputation of the products**<sup>81</sup>

*The supplier must make reasonable efforts not to damage the reputation of the products.*

La buena reputación de un producto es un activo empresarial clave que no solo facilita la atracción de los distribuidores interesados en su comercialización sino también la colocación de dichos productos entre sus destinatarios finales. Por este motivo, el DCFR exige que el fabricante, productor o proveedor de estos productos realice esfuerzos razonables para no dañar su imagen. El cumplimiento de esta obligación beneficia especialmente al distribuidor en un contrato de compra exclusiva puesto que se encuentra en una situación de fuerte dependencia respecto de un único proveedor por lo que si el prestigio del producto suministrado por este se deteriora el distribuidor puede encontrarse con serias dificultades para vencer la resistencia de sus eventuales destinatarios a adquirirlos. Este mismo argumento podría hacerse extensivo a los contratos de distribución exclusiva y selectiva. Aunque este deber no encuentra un reflejo expreso en el ordenamiento español, la doctrina opina que puede deducirse de la regla general del artículo 57 del Código de Comercio que establece que el distribuidor tiene que actuar con un adecuado nivel de diligencia.

### VI.3. Obligaciones específicas del distribuidor

A diferencia de las obligaciones generales y de las específicas del proveedor, las exigibles al distribuidor se limitan a los supuestos de distribución exclusiva y selectiva. Ello se argumenta en el DCFR acudiendo a razones diversas en función de la obligación de que se trate pero básicamente obedecen a la situación de privilegio en la que se encuentran los distribuidores exclusivos y selectivos

<sup>80</sup> Vid. STS de 22 de junio de 2007 (RJ 2007/5427).

<sup>81</sup> Traducción propuesta: IV.E.-5:205: La reputación de los productos. El proveedor debe hacer esfuerzos razonables para no dañar la reputación de los productos.

por lo que es razonable exigir un comportamiento particularmente leal hacia el proveedor y los productos que comercializa.

### VI.3.1. La obligación de distribuir

#### **IV.E.-5:301: Obligation to distribute**<sup>82</sup>

*In exclusive distribution contracts and selective distribution contracts the distributor must, so far as practicable, make reasonable efforts to promote the products.*

Es evidente que el distribuidor tiene interés en aumentar el volumen de ventas no solo porque así incrementa su beneficio empresarial sino también porque este es el principal objetivo del contrato. Desde esta perspectiva, no cabe duda que la promoción de las ventas no solo constituye un derecho del distribuidor sino también una obligación particularmente intensa en los contratos de distribución exclusiva y selectiva puesto que los distribuidores (exclusivos o selectivos) son los únicos canales disponibles para que el producto del proveedor transcurra hasta llegar al mercado meta. A tenor de este precepto, la obligación del distribuidor puede calificarse de actividad o de medios en el sentido que este debe realizar su actividad empleando *un esfuerzo razonable* para satisfacer el interés del proveedor en conseguir el mayor número de ventas posibles. De este modo, la cuantía de las ventas adquiere cierta relevancia en tanto que constituye un indicador de una actividad distributiva inadecuada cualitativa o cuantitativamente hablando. En definitiva, aun cuando el distribuidor se obliga únicamente en la medida de sus posibilidades, no puede dejar de cumplir unas exigencias mínimas<sup>83</sup>. Por este motivo, en la práctica comercial suele ser habitual la imposición de cláusulas en cuya virtud las partes acuerden la obtención de un resultado concreto, por ejemplo, un número mínimo de venta que, de no alcanzarse, conlleva el incumplimiento del contrato.

La existencia de cláusulas en las que se fijan unos objetivos mínimos de venta ha sido destacada por el Informe en el sentido de constituir un foco de conflicto que se deriva del hecho de que dichos objetivos no solo vienen fijados unilateralmente por el proveedor sino que, además, su incumplimiento constituye una causa de resolución del contrato e incluso de desistimiento del mismo. El examen de las decisiones de los tribunales españoles que se han pronunciado sobre esta cuestión permiten obtener las siguientes conclusiones: (i) en principio se consideran válidas las cláusulas de determinación de objetivos mínimos de venta de productos comerciales para los distribuidores siempre que las mismas no sean impuestas unilateralmente por el proveedor y ello en aplicación del artículo 1.256 del Código Civil<sup>84</sup>; (ii) se admite que el incumplimiento de los objetivos mínimos de venta

<sup>82</sup> Traducción propuesta: IV.E.-5:301: Obligación de distribuir. En los contratos de distribución exclusiva y selectiva de los contratos de distribución el distribuidor debe, en lo posible, realizar los esfuerzos razonables para promover la venta de los productos.

<sup>83</sup> Coincidimos en este punto con las reflexiones de Felipe PALAU RAMÍREZ a propósito del contrato de agencia, *vid.* «Ejercicio de la Agencia», *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Madrid, 2000, págs. 163 y ss.

<sup>84</sup> STS de 21 de febrero de 2000 y 2 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2616) citadas ambas por la STS de 4 de julio de 2006 (RJ 2006\5389).

constituya una justa causa de resolución o desistimiento del contrato siempre que la cláusula de fijación de estos objetivos no sea abusiva, desproporcionada y falta de realismo. A sensu contrario, si esta es proporcionada y realista el incumplimiento de los objetivos mínimos podría dar lugar a la resolución del contrato. Así, por ejemplo, la STS de 2 de marzo de 2001<sup>85</sup> admitió la licitud de una cláusula de objetivos mínimos de venta que tomaba en consideración «datos objetivos como el número de matriculaciones y basándose en datos estadísticos del Centro de Investigaciones Socio-Económicas (CISE), siguiéndose unos criterios generalizados y comunes a los fabricantes de otras marcas de automóviles»; (iii) con independencia de que el contrato incluya una cláusula en la que se fije un objetivo mínimo de ventas, el descenso significativo o sostenido de las ventas es causa suficiente de resolución por incumplimiento al entender que «va contra la finalidad y utilidad del contrato, y pone en evidencia, salvo problemas empresariales ya coyunturales ya estructurales de las partes (...) la pérdida de la confianza que debe presidir relaciones de esta naturaleza, así como el cumplimiento de la buena fe contractual»<sup>86</sup>.

En definitiva, las previsiones del DCFR son compatibles con el planteamiento jurisprudencial a propósito de las cláusulas de objetivos de venta mínimos y, más en general, con el nivel de diligencia debido en el cumplimiento de la obligación de distribuir. Se trata, en efecto, de una obligación de medios cuya ejecución se traduce necesariamente en la obtención de ciertos resultados que pueden definirse o cuantificarse en el contrato siempre que hayan sido negociados entre ambas partes y no resulten abusivos o desproporcionados. Pero incluso aun no existiendo una cláusula de este tenor, ha de partirse de la base que existe un nivel mínimo de ventas exigido por el deber de diligencia que ha de respetar el distribuidor. En todo caso, la no consecución de unos resultados (previstos en el contrato o no) debe operar, en nuestra opinión, como una presunción de incumplimiento que juega a favor del proveedor pero que el distribuidor puede destruir demostrando que ha sido imposible obtener los objetivos fijados a pesar de haber empleado un esfuerzo razonable.

### VI.3.2. *La obligación de atender las instrucciones razonables del proveedor*

#### ***V.E.-5:304: Instructions***<sup>87</sup>

*In exclusive distribution contracts and selective distribution contracts, the distributor must follow reasonable instructions from the supplier which is designed to secure the proper distribution of the products or to maintain the reputation or the distinctiveness of the products.*

Con este precepto el DCFR pretende lograr un punto de equilibrio entre dos intereses contrapuestos. Por un lado, el interés del distribuidor que, como empresario independiente, pretende llevar

<sup>85</sup> [RJ 2001, 2616].

<sup>86</sup> SAP de Pontevedra de 1 de diciembre de 2005 (JUR 2006\24660).

<sup>87</sup> Traducción propuesta: IV.E.-5:304: Instrucciones. En los contratos de distribución exclusiva y contratos de distribución selectiva, el distribuidor deberá seguir las instrucciones razonables del proveedor dirigidas a garantizar la correcta distribución de los productos o mantener la reputación o el carácter distintivo de los productos.

a cabo sus objetivos de acuerdo con una política comercial independiente. De otra, el interés del proveedor en lograr una presentación uniforme de sus productos en el mercado. Así, se permite que el proveedor pueda impartir instrucciones *razonables* a los distribuidores selectivos y exclusivos con el único fin de garantizar la adecuada distribución de sus productos<sup>88</sup> o mantener la reputación y el carácter distintivo de las marcas bajo las que se comercializan<sup>89</sup>. Los distribuidores, por su parte, solo estarán obligados a seguir las instrucciones que reúnan estas características y finalidades pudiendo obviar aquellas que impliquen una injerencia inapropiada y excesiva en la esfera de autonomía del distribuidor.

En el derecho español, la jurisprudencia suele insistir en un rasgo común a los contratos de colaboración, predicable singularmente del de distribución consistente en «la sujeción del colaborador respecto del empresario principal, al que corresponde impartir instrucciones y fijar las condiciones en que debe llevarse a cabo la distribución de los productos» hasta el punto de afirmar que «para que pueda hablarse de contrato de distribución es necesario que el distribuidor se someta al poder de decisión, dirección y supervisión que corresponde al empresario para el que colabora, aun cuando el distribuidor actúe con terceros en su propio nombre y por cuenta propia. Y ello es así incluso en casos de distribución sin exclusiva, pues aunque la autonomía del empresario cooperador es mayor en la distribución autorizada o selectiva, ello no implica que no deba atender a las instrucciones o indicaciones de su principal»<sup>90</sup>. Así las cosas, la jurisprudencia española se muestra mucho más exigente que el DCFR sobre el tema de las instrucciones del proveedor al distribuidor cuya presencia se reclama, incluso, en aquellos acuerdos que no contemplen pactos de exclusividad. En nuestra opinión, esta posición no es acertada máxime si tenemos en cuenta que en el contexto de la agencia comercial, la facultad de impartir instrucciones del principal se encuentra sometida a una serie de límites legales tales como (i) que sean razonables, (ii) que no afecten a la independencia empresarial (iii) que se fundamenten en la necesidad de precisar o especificar el contenido de la prestación del agente. Si esto es así en la relación de agencia en la que el agente actúa por cuenta y en nombre del principal arriesgando a lo sumo su retribución por haber intermediado en la promoción o en la celebración de un negocio<sup>91</sup>, con mayor motivo debe adoptarse un criterio similar en los contratos de distribución en los que el distribuidor actúa en nombre propio asumiendo las consecuencias adversas o favorables del ejercicio de una actividad empresarial. Por otro lado, la licitud de las cláusulas por las que el proveedor se reserve la facultad de dictar instrucciones al distribuidor debe ser examinada a la luz de la normativa sobre la competencia puesto que si bien no hay una referencia expresa a ellas en los Reglamentos de exención por categorías (comunitarios) podrían constituir una conducta colusoria en virtud de lo establecido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Este sería el caso, por ejemplo, de unas instrucciones que no tuvieran ninguna relación con el objeto del contrato de distribución.

<sup>88</sup> Las instrucciones de este tipo pueden consistir en determinadas especificaciones sobre los locales comerciales, envases o envoltorios de los productos o el mantenimiento de un número adecuado de muestras para realizar actividades de marketing o publicidad.

<sup>89</sup> En este caso, las instrucciones pueden referirse a la conveniencia de adherirse a determinadas campañas de publicidad, el ofrecimiento de servicios de asistencia o asesoramiento a la clientela y, finalmente a algunos requerimientos relativos a la presentación y/o exposición de productos.

<sup>90</sup> Por todas, STS de 18 de mayo de 2009 (RJ 2009\3176).

<sup>91</sup> FRANCISCO MERCADAL VIDAL, *El Contrato de agencia mercantil*, Bolonia, 1988, pág. 132.

### VI.3.3. La obligación de facilitar la actividad inspectora del proveedor

#### **IV.E.-5:305: Inspection** <sup>92</sup>

*In exclusive distribution contracts and selective distribution contracts, the distributor must provide the supplier with reasonable access to the distributor's premises to enable the supplier to check that the distributor is complying with the standards agreed upon in the contract and with reasonable instructions given.*

Si admitimos la posibilidad de que el proveedor formule instrucciones al distribuidor exclusivo y selectivo es razonable que el DCFR le permita comprobar el adecuado seguimiento de aquellas. Sin embargo, el derecho de inspección del proveedor no debe configurarse de modo que suponga una injerencia excesiva e injustificada en la actividad empresarial del distribuidor, por este motivo se limita, principalmente, a realizar visitas periódicas a los locales comerciales donde se realiza la promoción de ventas a los clientes, de ahí que al distribuidor se le imponga, correlativamente, el deber de permitir el acceso del proveedor a sus instalaciones. En ningún caso, el derecho de inspección del proveedor alcanza a la facultad de examinar los documentos contables del distribuidor, ni a solicitarle rendición de cuentas en forma de informes periódicos sobre negocios concluidos o potenciales.

Estas previsiones son compatibles con algunos pronunciamientos de la Comisión Nacional de la Competencia (antes TDC), en el sentido que la facultad de inspección del proveedor (en un supuesto de distribución selectiva cualitativa) debe limitarse a la inspección de las instalaciones del distribuidor y únicamente al objeto de verificar si se dan las condiciones cualitativas exigidas <sup>93</sup>.

### VI.3.4. La obligación de no dañar la reputación de los productos

#### **IV.E.-5:306: The reputation of the products** <sup>94</sup>

*In exclusive distribution contracts and selective distribution contracts, the distributor must make reasonable efforts not to damage the reputation of the products.*

La posibilidad de que el distribuidor pueda dañar la reputación de un determinado producto es un riesgo que el proveedor debe intentar minimizar a toda costa especialmente en el supuesto que

<sup>92</sup> Traducción propuesta: IV.E.-5:305: Inspección. En los contratos de distribución exclusiva y contratos de distribución selectiva, el distribuidor debe proporcionar al proveedor un acceso razonable a los locales del distribuidor para que aquel pueda comprobar que el distribuidor está cumpliendo con las normas acordadas en el contrato y con las instrucciones razonables dadas.

<sup>93</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia (Caso DISARED). Resolución de 31 de mayo de 2002 (AC 2003\20).

<sup>94</sup> IV.E.-5:306: La reputación de los productos. En los contratos de distribución exclusiva y contratos de distribución selectiva, el distribuidor debe hacer esfuerzos razonables para no dañar la reputación de los productos.



exista un solo distribuidor o varios seleccionados por el proveedor y este se abstenga de realizar ventas directas al público. Por este motivo, el DCFR impone al distribuidor la obligación de realizar un esfuerzo razonable para no dañar la (buena) imagen de los productos objeto del contrato <sup>95</sup>.

## VII. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

Con toda probabilidad, la extinción de los contratos de distribución constituye una de las cuestiones más conflictivas en la práctica comercial tal y como se deriva del Informe sobre la problemática de los contratos de distribución y de la propia jurisprudencia. Podemos anticipar que las reglas del DCFR son especialmente útiles para atender estos conflictos ofreciendo soluciones novedosas y, en general, compatibles con el derecho español.

### VII.1. Causas de terminación

En este epígrafe haremos referencia únicamente a las causas de terminación del contrato de distribución contempladas en la parte E del Libro IV del DCFR, estas son: el transcurso del término pactado, la denuncia ad nítum y el incumplimiento esencial.

#### VII.1.1. Transcurso del término pactado

##### **IV.E.-2:301: Contract for a definite period** <sup>96</sup>

*A party is free not to renew a contract for a definite period. If a party has given notice in due time that it wishes to renew the contract, the contract will be renewed for an indefinite period unless the other party gives that party notice, not later than a reasonable time before the expiry of the contract period, that it is not to be renewed.*

El artículo IV.E.-2:301 proporciona una serie de reglas para los contratos de duración determinada, es decir, aquellos cuya vigencia temporal viene delimitada por el periodo de tiempo que transcurre entre el inicio de la relación y el término final que las partes han acordado. La primera cuestión que suscita su redacción es la omisión de cualquier referencia a que el vencimiento de este

<sup>95</sup> Por ejemplo, imaginemos el supuesto en que el proveedor hace hincapié en la calidad de los servicios posventa y el distribuidor (exclusivo o selectivo) no puede configurar el servicio de asistencia necesario. Es claro que esta incapacidad o ineptitud del distribuidor daña la imagen del producto.

<sup>96</sup> Traducción propuesta: IV.E.-2:301: Contrato por un periodo determinado. Las partes son libres de no renovar un contrato celebrado por un periodo de tiempo determinado. Si una de las partes ha notificado a su debido tiempo su deseo de renovar el contrato, el contrato se renovará por un periodo indefinido a menos que la parte que no desea renovarlo notifique a la otra su decisión en un plazo razonable antes de que expire el contrato.

término constituye el único medio de finalización normal de estos contratos probablemente porque, según se deduce de los comentarios, es algo que debe darse por sobrentendido. Esta última circunstancia constituye una de las razones que explican el interés de los contratantes en suscribir un acuerdo de duración determinada en la medida que garantiza el mantenimiento del contrato durante un plazo de tiempo razonable para alcanzar la finalidad del mismo y satisfacer los intereses de las partes como a título de ejemplo puede ser la necesidad de amortizar las inversiones iniciales específicas realizadas por el distribuidor.

Admitiendo que la llegada del término acordado en un contrato de distribución implica su terminación, el DCFR prevé, no obstante, la posibilidad de *renovar* el contrato. A estos efectos, dispone que la parte interesada en la renovación lo notifique a la otra *a su debido tiempo*. Con esta expresión el precepto parece aludir a un plazo suficiente para que el destinatario pueda valorar adecuadamente su decisión de continuar con la relación o, por el contrario, ejercer su derecho a ponerle fin. En este último supuesto, le impone el deber de comunicar expresamente su oposición a la renovación en un plazo de *tiempo razonable*. Las comunicaciones de las partes, tanto la prevista para manifestar el interés en una renovación como, en su caso, la oposición a dicha renovación no están sujetas a ningún requisito formal<sup>97</sup> pero, obviamente, surtirán sus efectos en la medida que sean conocidas por los destinatarios en virtud de lo previsto en el párrafo 3 del artículo I.-1:109<sup>98</sup>. Si no se formula dicha oposición, el contrato se renueva por tiempo indefinido. Surge la duda acerca de si este efecto implica que el contrato inicial permanece inalterado, salvo por la modificación de uno de sus elementos (el plazo) o si, por el contrario, se ha de proceder a la estipulación de un nuevo contrato en el que se pueden introducir condiciones distintas al anterior. A tenor de los comentarios, entendemos más adecuada la primera opción, de modo que más que una «renovación» se produce una «prórroga» del contrato.

Salvo por disposiciones referidas al contrato de agencia, no existe en el derecho español ninguna norma respecto a la duración de los contratos de distribución, en general, ni sobre los suscritos por tiempo determinado, en particular. No obstante lo anterior, si prosperase la Propuesta que venimos contemplando esta situación de vacío legal quedaría resuelta puesto que en el artículo 21<sup>99</sup> de la misma se incluyen previsiones prácticamente idénticas a las del artículo 24 de la Ley 12/1992 de Contrato de Agencia<sup>100</sup>. De hecho, gran parte de la doctrina española ha defendido la aplicación analógica del artículo 24 a los contratos de distribución, entendiendo que una continuación en la ejecución de las prestaciones una vez cumplido el término final puede considerarse como una prórroga

<sup>97</sup> Vid. artículo I.1:109: «The notice may be given by any means appropriate to the circumstances».

<sup>98</sup> «The notice becomes effective when it reaches the addressee, unless it provides for a delayed effect».

<sup>99</sup> Artículo 21 de la Propuesta. *Extinción del contrato por tiempo determinado*. 1. El contrato convenido por tiempo determinado se extinguirá por cumplimiento del término pactado. 2. No obstante lo dispuesto en el número anterior, los contratos de distribución por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerarán transformados en contratos de duración indefinida.

<sup>100</sup> Artículo 24. *Extinción del contrato por tiempo determinado*. 1. El contrato de agencia convenido por tiempo determinado, se extinguirá por cumplimiento del término pactado. 2. No obstante lo dispuesto en el número anterior, los contratos de agencia por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerarán transformados en contratos de duración indefinida.

tácita del contrato <sup>101</sup>. Así las cosas, es claro que el planteamiento del DCFR, aunque no totalmente coincidente con el español, no es en absoluto incompatible con este, pero sí preferible porque, en nuestra opinión, ofrece mayor seguridad jurídica a los contratantes.

### VII.1.2. *Denuncia unilateral del contrato celebrado por tiempo indefinido y la indemnización por preaviso insuficiente*

#### **IV.E.-2:302: Contract for an indefinite period** <sup>102</sup>

(1) *Either party to a contract for an indefinite period may terminate the contractual relationship by giving notice to the other.*

(2) *If the notice provides for termination after a period of reasonable length no damages are payable under IV.E.-2:303 (Damages for termination with inadequate notice). If the notice provides for immediate termination or termination after a period which is not of reasonable length damages are payable under that Article.*

(3) *Whether a period of notice is of reasonable length depends, among other factors, on:*

- (a) *The time the contractual relationship has lasted;*
- (b) *Reasonable investments made;*
- (c) *The time it will take to find a reasonable alternative; and*
- (d) *Usages.*

(4) *A period of notice of one month for each year during which the contractual relationship has lasted, with a maximum of 36 months, is presumed to be reasonable.*

(5) *The period of notice for the principal, the franchisor or the supplier is to be no shorter than one month for the first year, two months for the second, three months for the third, four*

<sup>101</sup> María Enciso ALONSO-MUÑER ob. cit. pág. 568.

<sup>102</sup> Traducción propuesta: IV.E.-2:302: Contrato por tiempo indefinido. (1) Cualquiera de las partes de un contrato por tiempo indefinido podrá dar por terminada la relación contractual mediante notificación anticipada (preaviso) a la otra. (2) Si la notificación prevé la terminación después de un periodo razonable no se deberá pagar la indemnización de daños y perjuicios IV.E.-2:303 (Daños y perjuicios por la terminación de la insuficiencia de comunicación). Si la notificación prevé la terminación inmediata o después de un periodo que no es razonable deberá pagarse indemnización en virtud de ese artículo. (3) El hecho de que la notificación se considere realizada con una antelación razonable depende, entre otros factores, de: (a) La duración de la relación contractual; (b) Las inversiones razonables realizadas; (c) El tiempo necesario para encontrar una alternativa razonable, y (d) Los usos. (4) Se presumirá que es razonable un plazo de preaviso de un mes por cada año durante el cual la relación contractual ha durado, con un máximo de 36 meses. (5) El plazo de preaviso para el principal, el franquiciador o el proveedor que no será inferior a un mes para el primer año, dos meses para el segundo, tres meses para el tercero, de cuatro meses para el cuarto, cinco meses para el quinto y de seis meses para el sexto año y los años siguientes de duración del contrato. Las partes no podrán excluir la aplicación de esta disposición o dejar de aplicar o modificar sus efectos. (6) Los acuerdos sobre periodos más largos que los previstos en los apartados (4) y (5) son válidos siempre que el plazo acordado para ser observados por el director, el principal o el proveedor no sea más breve que el que debe observar el agente comercial, el franquiciado o el distribuidor. (7) En relación a los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Parte, las normas del presente artículo sustituyen a las previstas en el párrafo (2) de la III.-1:109 (Variación o terminación mediante notificación). El párrafo (3) del mismo artículo regula los efectos de la terminación.

*months for the fourth, five months for the fifth and six months for the sixth and subsequent years during which the contractual relationship has lasted. Parties may not exclude the application of this provision or derogate from or vary its effects.*

*(6) Agreements on longer periods than those laid down in paragraphs (4) and (5) are valid provided that the agreed period to be observed by the principal, franchisor or supplier is no shorter than that to be observed by the commercial agent, the franchisee or the distributor.*

*(7) In relation to contracts within the scope of this Part, the rules in this Article replace those in paragraph (2) of III.-1:109 (Variation or termination by notice). Paragraph (3) of that Article governs the effects of termination.*

El artículo IV.E.-2:302 regula la terminación de los contratos celebrados por tiempo indefinido entendiendo que lo son aquellos que explícitamente recogen este carácter o bien los que no contienen estipulación contractual alguna acerca del plazo de duración del contrato. En estos supuestos, el DCFR reconoce la facultad de denuncia ad nítum de modo que las partes pueden desistir del contrato sin tener que fundamentar tal decisión en ninguna causa especial si bien supeditan su validez a que la denuncia se ejercite mediante preaviso. El fundamento del preaviso se encuentra en la necesidad de conciliar el conflicto de intereses que surge entre una de las partes que desea poner fin a la relación contractual por razones diversas y, como hemos dicho, absolutamente irrelevantes a estos efectos y la parte que espera que el contrato siga vigente. Obviamente, el interés que prima es el de la parte que quiere poner fin al vínculo contractual si bien las más elementales exigencias de la buena fe reclaman que la denuncia se realice con cierta antelación a la extinción del contrato de forma que esta se produce con la llegada del término final del citado preaviso. Por lo demás, la comunicación de la parte que desea desistir del contrato no está sujeta a ningún requisito formal pero, como ya dijimos en los comentarios al precepto anterior, surtirá sus efectos en la medida que sea conocida por el destinatario en virtud de lo previsto en el párrafo 3 del artículo I.-1:109. Una vez confirmada la necesidad de ejercitar la denuncia mediante preaviso la cuestión se centra en determinar la duración de este o, con mayor propiedad, el lapso de tiempo que debe mediar entre la comunicación de la intención de dar por concluido el contrato y la efectiva extinción de este. Sobre esta cuestión se pronuncia el DCFR en los párrafos (2), (3) y (4) disponiendo que este plazo sea razonable en atención a una serie de factores o circunstancias que enuncia con carácter no exhaustivo y estableciendo, asimismo, una presunción de razonabilidad en todos aquellos casos en los que el plazo de preaviso sea de un mes por cada año durante el cual la relación contractual ha durado, con un máximo de 36 meses. Junto a las previsiones anteriores, el párrafo (5) estipula un plazo de preaviso *mínimo* de carácter imperativo para el proveedor que depende de la duración del contrato con un máximo de 6 meses para aquellos contratos que hayan tenido una vigencia de seis o más años<sup>103</sup>. Estos plazos mínimos pueden ampliarse a condición que los previstos para el proveedor no sean inferiores a los exigidos al distribuidor.

Los factores a los que alude el párrafo (3) con carácter no exhaustivo deben analizarse desde la perspectiva de la parte a la que se le notifica la denuncia ad nítum aunque ello no excluye la con-

<sup>103</sup> Este planteamiento es similar al previsto en el artículo 15 de la Directiva del Consejo de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (86/653/CEE).

veniencia de ponderar los intereses de la parte que desea extinguir el contrato que, por otro lado, es predominante. En particular, se alude a: (a) La duración de la relación contractual; (b) Las inversiones razonables realizadas; (c) El tiempo necesario para encontrar una alternativa razonable, y (d) Los usos. Respecto a la primera circunstancia, es evidente su importancia sobre todo a la vista de los plazos imperativos impuestos por el propio DCFR; nos referimos a que la duración del plazo de preaviso está directamente relacionada con la duración del propio contrato de manera que aquel aumenta con cada año de duración de este. De esta disciplina parece inferirse que la denuncia unilateral del vínculo es susceptible de provocar mayor perjuicio en un contrato de larga duración que en un contrato de duración más breve lo cual no puede admitirse sin atender a otras circunstancias como las inversiones realizadas y el tiempo necesario para encontrar una alternativa razonable. En cuanto a la primera, es claro que el periodo de duración del contrato debe ser mayor que el periodo de amortización de las inversiones específicas de apertura, a fin de amortizar dichas inversiones y obtener un determinado beneficio; lo anterior implica que una denuncia unilateral inoportuna por haber transcurrido un corto periodo de tiempo de vigencia del acuerdo podría comprometer seriamente la amortización de las inversiones desde la perspectiva del distribuidor. Sin embargo, uno de los factores que reviste mayor interés es «el tiempo necesario para encontrar una alternativa razonable» en la medida que tiene una clara relación con las denominadas cláusulas de no competencia poscontractuales. A nuestro modo de ver, el factor considerado por el DCFR no tiene demasiado peso específico si el contrato incluye cláusulas de no competencia ya que por muy amplio que sea el preaviso, la obligación de no concurrencia, que normalmente afecta al distribuidor le impedirá localizar una alternativa razonable durante un periodo de tiempo considerable tras la terminación del contrato. Otra cosa es lo que se considere «razonable» en el contexto de la actividad empresarial. Los comentarios entienden que «no es aceptable» pretender que «la alternativa razonable» consista en permanecer en el mismo sector comercial o en el mismo lugar; pero estas apreciaciones se nos antojan en extremo frívolas por cuanto ignoran que los medios acumulados para que el empresario desarrolle una determinada actividad pueden no ser idóneos para el ejercicio de otra; a título de ejemplo, la estructura económica de la empresa no es la misma para la distribución de vehículos de motor nuevos que para la distribución de cerveza o de combustible. Por no hablar de las dificultades para adquirir la formación y experiencia necesarias que implica un cambio radical no ya en la actividad de comercialización o distribución sino en el tipo de producto o servicio objeto de la misma. El último de los factores contemplados hace referencia a los usos. En el derecho español los usos constituyen una fuente del derecho mercantil y aluden a la reiteración efectiva de conductas en el tráfico mercantil, es decir, la observancia repetida, uniforme y constante de ciertas prácticas y reglas por los comerciantes en sus negocios. Estos usos se aplican a una situación o conflicto respecto del que la ley (en el sentido de fuente formal) guarda silencio. Sin embargo, por los comentarios del DCFR, los usos parecen más bien referidos a las normas o criterios que derivan de Códigos Deontológicos de asociaciones profesionales o empresariales <sup>104</sup>. El problema de estos códigos es que suelen estar redactados por asociaciones representativas de los intereses de una de las partes, por lo que si recogieran reglas relativas a la duración del preaviso tendrían el riesgo de ser claramente partidarias <sup>105</sup>.

<sup>104</sup> Vid. DCFR, pág. 2.308. Literalmente se indica que: «Such usages may sometimes be inferred from codes of conduct, although much depends on the persons and organisations involved in drafting these codes».

<sup>105</sup> Vid. DCFR, pág. 2.308.

Los efectos jurídicos que se derivan de una falta de preaviso *razonable* son los previstos en el apartado (2) de este precepto: «Si la notificación prevé la terminación después de un periodo que no sea razonable se deberá pagar la indemnización de daños y perjuicios IV.E.-2:303 (Daños y perjuicios por la terminación de la insuficiencia de comunicación)». En definitiva, la denuncia unilateral será plenamente efectiva haya sido razonable el plazo o no, dando lugar, en este último caso, a una indemnización por daños y perjuicios que contempla el artículo IV.E.-2:303.

***IV.E.-2:303: Damages for termination with inadequate notice***<sup>106</sup>

*(1) Where a party terminates a contractual relationship under IV.E.-2:302 (Contract for an indefinite period) but does not give a reasonable period of notice the other party is entitled to damages.*

*(2) The general measure of damages is such sum as corresponds to the benefit which the other party would have obtained during the extra period for which the relationship would have lasted if a reasonable period of notice had been given.*

*(3) The yearly benefit is presumed to be equal to the average benefit which the aggrieved party has obtained from the contract during the previous 3 years or, if the contractual relationship has lasted for a shorter period, during that period.*

*(4) The general rules on damages for non-performance in Book III, Chapter 3, Section 7 apply with any appropriate adaptations.*

Los presupuestos para la concesión de la indemnización de daños y perjuicios por la terminación del contrato con preaviso insuficiente son los siguientes: el primero consiste en que se haya producido la terminación del contrato mediante denuncia unilateral de cualquiera de las partes en un contrato por tiempo indefinido, por tanto, la indemnización no es exigible en los supuestos de terminación del contrato por incumplimiento ni, en contratos celebrados por tiempo determinado, por vencimiento del término. El segundo presupuesto alude a que la denuncia se haya ejercitado sin observar un plazo razonable de preaviso. Las consideraciones de política jurídica son expuestas en los comentarios a este artículo y básicamente aluden al principio de eficiencia económica. Dicho en otros términos, lo que se pretende es conseguir un propósito utilizando los medios idóneos; este propósito no es otro que facilitar la ruptura del vínculo contractual pactado por tiempo indefinido mediante denuncia unilateral de cualquiera de las partes. Esta denuncia será efectiva y pondrá fin al contrato tanto si se ejercita mediante un aviso previo con tiempo suficiente para evitar que aquella ocasione perjuicios a la parte que desconocía esa pretensión y confiaba en la permanencia del contrato como

<sup>106</sup> Traducción propuesta: IV.E.-2:303: Indemnización de daños y perjuicios por la terminación del contrato con preaviso insuficiente. (1) En caso de que una parte finalice su relación contractual en virtud del IV.E.-2:302 (Contrato de duración indeterminada), sin observar un plazo razonable de preaviso, la otra parte tiene derecho a indemnización de daños y perjuicios. (2) La forma habitual de calcular los daños y perjuicios consiste en equiparar la suma de la indemnización a los beneficios que la parte perjudicada habría obtenido durante el periodo adicional del plazo de preaviso que la otra incumplió. (3) El beneficio anual se presume igual a la media de los beneficios que la parte perjudicada ha obtenido del contrato durante los 3 años anteriores o, si la relación contractual se ha prolongado por un periodo más corto, durante ese periodo. (4) Las normas generales sobre daños y perjuicios por incumplimiento contemplados en el Libro III, capítulo 3, artículo 7 son aplicables con las apropiadas adaptaciones.

si se opta por un anuncio de extinción o terminación inmediata en atención a determinadas circunstancias que son valoradas por el denunciante de un modo tal que le compensa pechar con las consecuencias derivadas de la falta de preaviso razonable indemnizando a la parte perjudicada por los perjuicios sufridos.

La indemnización prevista pretende cubrir la pérdida del beneficio (en el sentido de incremento patrimonial neto, esto es, deducidos costes) que la parte perjudicada habría obtenido *durante el periodo adicional de preaviso que la otra parte incumplió*. A nuestro modo de ver, el DCFR no exige una certeza absoluta sobre la existencia de estas ganancias sino más bien una fundada probabilidad de que las mismas se hubieran producido como consecuencia del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto. De ahí que se tome como referente el promedio de los beneficios obtenidos por la parte perjudicada por la denuncia durante los últimos tres años de vigencia del contrato o durante el periodo que hubiera durado el contrato si aquel fuera inferior a tres años. Esta cantidad es meramente indicativa ya que el beneficio frustrado habrá de ser acreditado por la parte perjudicada por la denuncia de modo que, en atención a determinadas circunstancias, ese importe podría ser superior o inferior al de referencia. En ausencia de mayores precisiones, y puesto que la pérdida del beneficio se limita temporalmente al que se hubiera obtenido durante el periodo de subsistencia del contrato una vez formulada la denuncia y hasta su efectiva terminación por vencimiento del *dies ad quem* del plazo de preaviso, entendemos que el importe promedio debe prorratearse en función del plazo de preaviso que se incumplió. Así las cosas, en el supuesto del máximo previsto para dicho plazo en el artículo IV.E.-2:302 (5), que es de seis meses, la cuantía que debe servir como parámetro es la mitad del importe promedio, y si fuera el mínimo, un mes, se reducirá la proporción a un doceavo.

Por último, el párrafo (4) apunta a la aplicación supletoria de las normas generales sobre daños y perjuicios por incumplimiento, si bien los comentarios insisten en recordar que la denuncia del contrato realizada con un preaviso insuficiente no puede calificarse como supuesto de incumplimiento contractual habida cuenta que dicha denuncia produce efectos extintivos del contrato. Adicionalmente, señalan que al contrario que en el caso habitual de incumplimiento aquí, la parte perjudicada solo tiene una solución jurídica a su disposición: la reparación económica. La razón es que el remedio de ejecución específica sería inapropiada en esta sede: si una parte tiene claro que no desea continuar con su relación contractual, los tribunales no pueden forzarle cuando, como en este caso, el éxito de la empresa depende fuertemente del *intuitu personae*, la confidencialidad, la cooperación y la mutua confianza. No podemos compartir este argumento aunque sí su conclusión ya que, en realidad, no se pretende la continuidad del contrato sine die sino más bien su permanencia durante el plazo de preaviso que intentó obviarse sustituyéndolo por la indemnización contemplada en este precepto. En todo caso, resulta ocioso especular sobre la obstinación de la parte perjudicada en mantener el vínculo contractual ante una denuncia unilateral por la inverosimilitud de esta situación en la práctica negocial.

A pesar del silencio legal respecto a los contratos de distribución, la jurisprudencia española ha ido decantando una sólida doctrina conforme a la cual, si bien se considera lícita la conclusión de contratos de duración indefinida se reconoce la posibilidad de desligarse del contrato en cualquier momento. El fundamento último de esta tesis se encuentra en la prohibición de relaciones obligatorias

perpetuas<sup>107</sup> que, a falta de regulación jurídico-positiva, constituye un principio vigente en nuestro derecho de obligaciones<sup>108</sup>. Consecuentemente con lo expuesto, la jurisprudencia española no considera abusiva ni contraria a las leyes, a la moral, al orden público ni al artículo 1.256 del Código Civil las cláusulas de los contratos de distribución que permitan su extinción por denuncia unilateral de cualquiera de las partes cumpliendo el plazo de preaviso estipulado y sin derecho a indemnización alguna para ninguna de ellas por el solo hecho de la extinción<sup>109</sup>, y descartan que una cláusula de ese tipo exija al denunciante del contrato expresar en el preaviso la causa de la denuncia, ya que de exigirse la expresión de una causa la facultad de extinguir el contrato dejaría de ser tal, es decir, de libre ejercicio, para pasar a convertirse en algo similar o equivalente a la resolución por incumplimiento del contrato<sup>110</sup>.

La primera duda que surge es si a falta de una cláusula de este tipo puede exigirse el preaviso, en este sentido, la STS de 21 noviembre de 2005<sup>111</sup> declara expresamente que si «el preaviso no se ha pactado, no por ello no ha de observarse ningún plazo, pues entra en la naturaleza de la propia relación jurídica por tiempo indeterminado que anticipadamente se ponga en conocimiento de la otra parte la finalización de la relación, y así se observa en el uso cotidiano de los negocios (art. 1.258 del Código Civil)». Cuestión distinta es el plazo de duración del preaviso que a falta de estipulación contractual será el que se derive de las reglas de la buena fe y de la recíproca lealtad en el tráfico mercantil. Sobre este particular la última resolución citada indica que «la concreción del plazo depen-

<sup>107</sup> La STS de 26 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8237) señala que la duración «a perpetuidad» de un contrato «es opuesta a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la libertad del deudor, contraria al orden público (art. 1.583 del Código Civil, teniendo declarado la antes citada Sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1985 sic que la perpetuidad es, salvo casos excepcionales (...), opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, al constituir una limitación a la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico». Por su parte, la STS de 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7265), declara que «el artículo 1.256 no impide que se pueda pactar el desistimiento de la relación convenida y ello precisamente no significa ni representa entregar su validez y cumplimiento a uno de los contratantes, sino autorizar para que pueda poner fin a una situación jurídica determinada y expresamente convenida».

<sup>108</sup> Se afirma que este principio puede inducirse por la vía de la analogía *iuris*. *Vid.* Fernando MARTÍNEZ SANZ, *Comentario a la Ley de Contrato de agencia*, ob. cit., pág. 410, citando a M. KLEIN. Por su parte, la STS de 9 de octubre de 1997 recoge dicha doctrina proyectándola sobre los contratos de distribución (o concesión) en los siguientes términos literales: «En estos supuestos de duración indeterminada las relaciones obligatorias creadas son válidas, pero conforme a nuestra tradición jurídica, doctrina científica y decir del Código Civil (arts. 400, 1.052, 1.583, 1.594, 1.700.4.º, 1.705, 1.723.1.º, 1.733, 1.750 y 1.775, así como 279 del Código de Comercio), resulta que hay que admitir la imposibilidad de reputarlas perpetuas por lo que les asiste a los contratantes facultad de liberación de las mismas, mediante su receso, producido por la resolución unilateral, condicionada dentro de los parámetros de la buena fe, ya que las partes no deben permanecer indefinidamente vinculadas. La jurisprudencia de esta Sala así lo ha entendido, con aplicación a los contratos de distribución o concesión en exclusiva, supuesto que presentan analogías con el de autos (SS. de 18 de marzo y 28 de mayo de 1966 y 21 de octubre de 1966, 11 de febrero de 1984, 22 de marzo de 1988, 3 de octubre de 1992, 16 de octubre de 1995, 17 de octubre de 1995, 25 de enero de 1996 y 14 de febrero de 1997, entre otras)».

<sup>109</sup> Cabe calificar como doctrina consolidada la que rechaza la indemnización cuando la resolución o denuncia unilateral del contrato de agencia o de concesión de duración indefinida no ha tenido lugar de forma abusiva o con mala fe (SSTS de 17 de mayo y 29 de septiembre de 1999, 13 de junio de 2000, 15 de febrero y 13 de junio de 2001, 10 de abril, 3 de octubre, 8 de noviembre y 20 de diciembre de 2002, 26 de abril y 13 de octubre de 2004, 13 de junio y 19 de junio de 2005, 17 de abril de 2006 [RJ 2006, 5116], 22 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 263], etc.).

<sup>110</sup> *Vid.* STS de 18 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2147), STS núm. 886/2005, de 21 noviembre (RJ 2005\7677); STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 8898), STS núm. 652/2008, de 9 de julio (RJ 2008\4369), STS de 15 de octubre de 2008 (RJ 2008, 6914).

<sup>111</sup> (RJ 2005\7677).



derá de las circunstancias concurrentes» declarando además que es posible la aplicación del plazo que «contiene el artículo 25 de la Ley de Contrato de Agencia, en tanto que en él se contempla el mismo problema que se trata de resolver» pero sin llegar a admitir una aplicación analógica del mismo como se encarga de recordar la reciente STS de 22 de junio de 2010<sup>112</sup>. Así las cosas, se advierte una coincidencia indiscutible entre el derecho español y el DCFR con relación a la admisión de la denuncia ad nítum en los contratos de distribución así como a la necesidad de observar un plazo de preaviso razonable.

En cuanto a las consecuencias de la denuncia unilateral sin respetar el plazo de preaviso en los contratos de distribución da derecho a la parte agraviada, a exigir una indemnización por daños y perjuicios al amparo del artículo 1.101 del Código Civil. Se trata de una indemnización del interés contractual positivo o del daño a la expectativa (*expectation damages*) que constituye la regla general en el derecho español en los supuestos de incumplimiento contractual y que se distingue claramente de la indemnización del interés contractual negativo o del daño a la confianza (*reliance damages*) que rige para los supuestos de responsabilidad precontractual, por ruptura injustificada de tratos preliminares y negociaciones contractuales. Como recuerda la STS de 20 mayo de 2009<sup>113</sup>, la indemnización por daños y perjuicios ex artículo 1.101 «ha de comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante, constituyendo el único límite del resarcimiento la indemnidad del perjudicado [Sentencias de 26 de noviembre de 1994 sic, de 13 de abril de 1987 (RJ 1987, 2706) y de 28 de abril de 1992 (RJ 1992, 4466)], por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento [Sentencias de 6 de octubre de 1982 (RJ 1982, 5541), de 2 de abril de 1997 (RJ 1997, 2727)], pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado». Por lo tanto, la indemnización por daños y perjuicios prevista en la norma española no solo incluye «la ganancia que se haya dejado de obtener por consecuencia del hecho del que se es responsable», que es la que contempla la indemnización del artículo IV.E.-2:303, sino también la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos realizados o que sea preciso realizar y la posibilidad de incurrir en deudas por los hechos de los que se deduce la responsabilidad.

### VII.1.3. Terminación por incumplimiento esencial

#### IV.E.-2:304: Termination for non-performance<sup>114</sup>

*(1) Any term of a contract within the scope of this Part whereby a party may terminate the contractual relationship for non-performance which is not fundamental is without effect.*

<sup>112</sup> La razón que ofrece es que «entonces, no serían válidas ni las cláusulas que expresamente excluyesen cualquier preaviso ni las que fijaran plazos más cortos que los establecidos en aquel precepto, siendo así que la sentencia de 9 de julio de 2008 (rec. 2343/01) consideró válido para un contrato de subdistribución el plazo de preaviso de solamente siete días, pero expresamente pactado por las partes, y rechazó que la Ley de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia fuera imperativamente aplicable al contrato de distribución».

<sup>113</sup> (RJ 2009\3184).

<sup>114</sup> Traducción propuesta: IV.E.-2:304: Terminación por incumplimiento. (1) Es ineficaz cualquier cláusula contractual dentro del ámbito de esta parte en virtud de la cual una parte pueda resolver el contrato en caso de incumplimiento no esencial. (2) Las partes no podrán excluir la aplicación de este artículo o dejar de aplicar o modificar sus efectos.

*(2) The parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.*

Este precepto, que tiene carácter imperativo, recoge una excepción al principio de autonomía de la voluntad que permite a las partes acordar la inclusión de una cláusula que prevea la terminación del contrato por cualquier tipo de incumplimiento incluido el incumplimiento no esencial. En virtud de lo anterior, únicamente serán válidas y producirán sus efectos las cláusulas en las que se pacte la terminación del contrato por incumplimiento esencial (i) bien porque el incumplimiento sea sustancial y prive a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato o (ii) bien porque el incumplimiento sea intencional o imprudente y dé a la parte perjudicada motivos para suponer que la otra parte no va a cumplir en el futuro. La razón que justifica esta excepción no es otra que las peculiares características de estos contratos que articulan vínculos de colaboración que se pretenden estables y duraderos, por lo que frente al interés de una parte en el estricto cumplimiento de todas las obligaciones contractuales y el interés de la otra en el mantenimiento y continuidad del mismo se opta por proteger al primero de ellos asegurando que únicamente pueda darse por terminado el contrato si el incumplimiento de contraparte es fundamental. Este planteamiento es similar al adoptado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos en los contratos contemplados en esta parte del DCFR si bien para el contrato de agencia, el artículo 16 de la Directiva 86/653 dispone que: «La presente Directiva no podrá interferir la aplicación del derecho de los Estados miembros cuando este prevea la terminación del contrato sin preaviso: a) debido a un incumplimiento de una de las partes en la ejecución total o parcial de sus obligaciones; b) cuando intervengan circunstancias excepcionales». La Directiva, por tanto, deja el tratamiento de esta cuestión a la legislación interna de cada Estado miembro.

Como pone de manifiesto la jurisprudencia española<sup>115</sup>, no cualquier incumplimiento faculta para resolver, y así, ha declarado que, entre otros requisitos, «que se trate de un incumplimiento de cierta entidad, que se ha caracterizado como "verdadero y propio" (Sentencias 15 de noviembre de 1994 [RJ 1994\8836], 7 de marzo [RJ 1995\2149] y 19 de junio de 1995 [RJ 1995\5324], entre muchas otras), "grave" (Sentencias de 23 de enero [RJ 1996\639] y 10 de diciembre de 1996, 30 de abril y 18 de noviembre de 1994, etc.), "esencial" (Sentencias de 26 de septiembre de 1994 [RJ 1994\7024], 26 de enero de 1996, 6 de octubre de 1997, 11 de abril de 2003 [RJ 2003\3017], etc.), a cuyo efecto se utilizan tópicos como los que caracterizan el incumplimiento resolutorio acudiendo a que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados (Sentencias de 25 de noviembre de 1983, 19 de abril de 1989 [RJ 1989\3241], etc.) o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (Sentencias 22 de marzo de 1985, 24 de septiembre de 1986 [RJ 1986\4787], etc.), o bien genere la frustración del fin del contrato (Sentencias de 23 de febrero de 1995 [RJ 1995\1106], 10 de mayo de 2000, 25 de febrero, 11 de marzo y 15 de octubre de 2002 [RJ 2002\10127], entre las más recientes), que a veces se expresa con otras fórmulas, como la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico (Sentencias 19 de noviembre de 1990 [RJ 1990\8984], 21 de febrero de 1991 [RJ 1991\1518], 15 de junio [RJ 1995\4859] y 2 de octubre de 1995 [RJ 1995\6978])». Sobre la base de estas consideraciones puede afirmarse que, aunque en el derecho español no existe una norma equivalente a la prevista en el artículo IV.E.-2:304 DCFR, la jurisprudencia solo admite la pretensión resolutoria de un contrato cuando quede acreditado

<sup>115</sup> Recientemente, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, de 10 de noviembre de 2010.

el incumplimiento esencial caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin y, en esta medida, el precepto resulta compatible con el derecho español.

## VII.2. La indemnización por el fondo de comercio

### *IV.E.-2:305: Indemnity for goodwill*<sup>116</sup>

*(1) When the contractual relationship comes to an end for any reason (including termination by either party for fundamental non performance), a party is entitled to an indemnity from the other party for goodwill if and to the extent that:*

*(a) The first party has significantly increased the other party's volume of business and the other party continues to derive substantial benefits from that business; and*

*(b) The payment of the indemnity is reasonable.*

*(2) The grant of an indemnity does not prevent a party from seeking damages under IV.E.-2:303 (Damages for termination with inadequate notice).*

Como es sabido, el artículo 17 de la Directiva 86/653/CEE articula un doble sistema de protección del agente en el momento extintivo del contrato concediendo a los Estados miembros la facultad de optar entre una indemnización basada en el modelo alemán (art. 17.2)<sup>117</sup> o la reparación del perjuicio ocasionado por la terminación de inspiración francesa (art. 17.3)<sup>118</sup>. El DCFR, al igual que la mayoría de las legislaciones de los Estados miembros<sup>119</sup>, opta por regular una indemnización equivalente a

<sup>116</sup> Traducción propuesta: IV.E.-2:305: La indemnización por el «fondo de comercio». (1) Cuando la relación contractual llegue a su fin, por cualquier razón (incluyendo la terminación por cualquiera de las partes por incumplimiento esencial), una de las partes tiene derecho a exigir de la otra una indemnización por el fondo de comercio siempre que: (a) La primera parte haya aumentado de manera significativa el volumen de negocio de la otra y esta continúe obteniendo beneficios sustanciales de dicha actividad; (b) El pago de la indemnización sea razonable. (2) La concesión de una indemnización no impedirá la reclamación de daños y perjuicios en virtud del IV.E.-2:303 (Daños y perjuicios para la terminación por notificación insuficiente).

<sup>117</sup> La compensación por clientela prevista en el párrafo segundo del artículo 17 de la Directiva se inspira directamente en el 89b HGB alemán (*Ausgleichsanspruch*) que a su vez tiene como antecedente inmediato el artículo 418u del Código de las Obligaciones Suizo (introducido por la Ley de 4 de febrero de 1949) y, antes que este, la Ley de contrato de agencia austriaca de 24 de junio de 1921.

<sup>118</sup> La reparación del perjuicio del párrafo tercero se anuda a «que este resulte de la terminación del contrato en unas condiciones que priven al agente comercial de las comisiones de las que hubiera podido beneficiarse con una ejecución normal del contrato a la vez que le hubiese facilitado al empresario unos beneficios sustanciales debidos a la actividad del agente comercial» y, cumulativa o alternativamente, «que no hayan permitido al agente comercial amortizar los gastos que hubiere realizado para la ejecución del contrato aconsejado por el empresario».

<sup>119</sup> Las notas de derecho comparado aportadas por el DCFR facilitan los siguientes ejemplos: el ordenamiento jurídico español (art. 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia), italiano (art. 1.755 del CC), inglés (*Statutory Instruments* 1993 n.º 3035) que, como la norma española opta por la incorporación simultánea de ambos sistemas (art. 17.2 y 17.3). En cuanto a Alemania, la recepción de la Directiva realizada a través de la Ley de 23 de octubre de 1989 apenas introdujo cambios importantes en la regulación de la indemnización por clientela (§ 89b HGB) habida cuenta del tono germanizante de la propia Directiva. *Vid.* pág. 2.325 DCFR.

la del párrafo segundo del artículo 17<sup>120</sup> pero dotándola de unas características tales que obligan a plantearse si realmente existe alguna similitud entre ambos institutos. La primera discrepancia que el IV.E.-2:305 plantea respecto a la regulación contenida en el artículo 17.2 de la Directiva 86/653 es que la «Indemnización por el fondo de Comercio» no se circunscribe al ámbito de las relaciones contractuales de agencia sino que se extiende al resto de contratos con los que mantiene una identidad funcional. Con esta propuesta se pone fin a una secular e intensa controversia doctrinal y jurisprudencial acerca de la posibilidad de aplicar por vía analógica la indemnización del artículo 17.2 a otras figuras distintas de la agencia comercial<sup>121</sup>. En segundo lugar, la indemnización puede exigirla cualquiera de las partes contratantes y no exclusivamente el agente, el proveedor o el franquiciado por lo que se desvanece el carácter tuitivo respecto de la parte que tradicionalmente se consideraba perjudicada por la ruptura de la relación contractual de agencia, el agente, y que constituía una de las notas típicas de la indemnización del artículo 17.2 de la Directiva 86/653<sup>122</sup>. Por último, existen algunas diferencias respecto a los presupuestos que dan lugar a la concesión de la indemnización. En la Directiva, la procedencia de aquella se sujeta a un requisito previo de carácter temporal consistente en la extinción del contrato de agencia con independencia de si este era de duración determinada o indefinida, incluida la extinción por muerte o declaración de fallecimiento del agente<sup>123</sup>, y dos requisitos de carácter material cuya concurrencia debe ser cumulativa o simultánea<sup>124</sup>. El planteamiento descrito se complementa con las disposiciones del artículo 18 que contemplan una serie de supuestos en los que, aun concurrendo los presupuestos materiales que dan derecho a las indemnizaciones de los párrafos segundo y tercero del artículo 17, se opta por privar al agente de las mismas. Los supuestos enunciados son los siguientes: a) cuando el empresario haya puesto fin al contrato por un incumplimiento imputable al agente comercial que, en virtud de la legislación nacional, justifique la terminación del contrato sin preaviso; b) cuando el agente comercial haya puesto fin al contrato, a menos que esta terminación estuviere justificada por circunstancias atribuibles al empresario o por la edad, invalidez o enfermedad del agente comercial, circunstancias por las que ya no se pueda exigir razonablemente la continuidad de sus actividades; c) cuando, en virtud de pacto con el empresario, el agente comercial ceda a un tercero los derechos y obligaciones de que es titular en virtud del contrato de agencia.

<sup>120</sup> En las notas I.1. literalmente se afirma que: «*This present Article includes the option of Directive 86/653/EEC art. 17 (2)...*», pág. 2.324 DCFR.

<sup>121</sup> En las notas se indica que únicamente la legislación belga contempla una indemnización por el fondo de comercio en el caso de los contratos de distribución, salvo que la terminación del contrato se haya producido por incumplimiento esencial del distribuidor. En cuanto a la aplicación por analogía de la indemnización por clientela prevista en la Directiva a los contratos de distribución se muestra favorable la jurisprudencia y doctrina austriaca, finlandesa, griega y portuguesa. En el caso alemán también se extiende a los contratos de franquicia. En contra de abonar una indemnización por clientela a otros contratos la legislación italiana, holandesa inglesa, escocesa y sueca. *Vid.*, pág. 2.326.

<sup>122</sup> El texto de la motivación de la Directiva argumenta que «Considerando que las diferencias entre legislaciones nacionales sobre representación comercial afectan sensiblemente dentro de la Comunidad a las condiciones de competencia y al ejercicio de la profesión, y afectan también al nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes, así como a la seguridad de las operaciones comerciales (...)». No es extraño, por tanto, que la adopción de la Directiva obedezca a la voluntad del Consejo de garantizar en todos los Estados miembros una protección mínima del agente comercial, reputado «parte débil» de la relación contractual que mantiene con el principal.

<sup>123</sup> *Vid.* artículo 17.4 de la Directiva.

<sup>124</sup> El primero es que el agente haya aportado nuevos clientes al empresario o hubiera desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda seguir reportando ventajas sustanciales al empresario; el segundo consiste en que el pago de dicha indemnización resulte equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes o de la aplicación o no de una cláusula de no competencia de carácter poscontractual.

El DCFR coincide con la Directiva en el presupuesto desencadenante de la indemnización, este es, la extinción del contrato (agencia, franquicia o distribución) con independencia de si este era de duración determinada o indefinida, sin embargo, discrepa en que el incumplimiento (esencial o no) de cualquiera de las partes y la denuncia ad nítum del contrato no constituyen hechos obstativos para la concesión de la indemnización. El argumento que avala este cambio de paradigma es que la mera extinción del contrato es susceptible de producir una «transferencia del fondo de comercio» y que este fondo de comercio <sup>125</sup> tiene un valor propio y distinto de la expectativa derivada del contrato. Con estas premisas el reconocimiento a la indemnización se anuda, única y exclusivamente, a la constatación de que se ha producido dicha transferencia y que su concesión resulte razonable en atención a determinadas circunstancias. Así las cosas, no es de extrañar que los comentaristas afirmen que el derecho a la indemnización regulada en el IV.E.-2:305 está basado en consideraciones similares a las que sustentan la norma sobre el enriquecimiento injusto <sup>126</sup> de modo que una parte no puede enriquecerse (injustificadamente) como resultado de la extinción de una relación comercial a largo plazo <sup>127</sup>.

Una vez verificada la terminación del contrato por cualquier causa, la indemnización por el fondo de comercio se supedita a la concurrencia de dos requisitos de carácter material. El primero consiste en que la parte que reclame la indemnización «haya aumentado de manera significativa el volumen de negocio de la otra y esta continúe obteniendo beneficios sustanciales de dicha actividad», el segundo, «que el pago de la indemnización sea razonable». En la redacción de la primera condición pueden identificarse dos hipótesis distintas aunque relacionadas: el aumento significativo del volumen de negocio de la contraparte y la susceptibilidad de aquel de seguir produciendo ventajas sustanciales. Si entendemos que el volumen de negocios es una medida contable que recoge los ingresos que una empresa ha obtenido con motivo de actividad durante un periodo determinado, es evidente que la dicción del DCFR no difiere sustancialmente de la recogida en la Directiva cuando alude a que el agente «hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes». Tratándose de empresarios que colaboran en la comercialización de bienes y servicios, tanto la incorporación de nuevos clientes que reclamen de forma asidua dichos bienes o servicios como la acrecencia de ventas de bienes y servicios respecto de la clientela preexistente contribuyen de forma directa al aumento de volumen de negocio. Que dicho aumento, además, sea significativo implica efectuar una valoración de la evolución experimentada por la cifra de ventas, vigente el contrato, modulada por diversos factores tales como el sector comercial de que se trate, la naturaleza del producto y su ciclo de vida útil, la presión competitiva, etc. En todo caso, el incremento del volumen de negocio, ha de traer su

<sup>125</sup> La terminología utilizada por el DCFR resulta un tanto confusa y parece utilizar la expresión *goodwill* como sinónimo de «clientela», sin embargo, desde un punto de vista contable no son términos equivalentes. Según el apéndice de la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF núm. 3), el fondo de comercio o *goodwill* puede definirse como «un activo (intangibles) que representa los beneficios económicos futuros que surgen de otros activos adquiridos en una combinación de negocios que no están identificados individualmente ni reconocidos de forma separada». La clientela podría estar comprendida en el fondo de comercio o considerarse un activo intangible distinto de este si cumple las condiciones impuestas por la definición de este tipo de activos esto es, identificabilidad, control sobre el recurso en cuestión y existencia de beneficios económicos futuros.

<sup>126</sup> El enriquecimiento injustificado se regula en el Libro VII del DCFR (arts. VII.-1:101 a VII.-7:103).

<sup>127</sup> *Vid.* DCFR, pág. 2.322.

causa de la actividad desplegada por quien reclama la indemnización <sup>128</sup>. Los comentarios relativos a este presupuesto <sup>129</sup> asimilan la intervención de una de las partes en el incremento significativo del volumen de negocio de la otra a que efectivamente tenga lugar una «transferencia del fondo de comercio» <sup>130</sup> tras la extinción del contrato y ello les permite identificar algunas diferencias entre la agencia comercial y el resto de contratos <sup>131</sup>. En esencia se argumenta que la terminación del contrato de agencia *normalmente* conlleva transferencia del fondo de comercio puesto que la generación del mismo trae su causa primordial de la actividad desarrollada por el agente. Por el contrario, en la franquicia y distribución la importancia estratégica para el éxito comercial de algunos activos intangibles (marcas, por ejemplo) propiedad del franquiciador y del proveedor contribuyen de forma notable a la fidelización de la clientela más allá de la intervención profesional de los empresarios que colaboran en la distribución de sus productos. De hecho, se afirma que «*in the case of franchise the goodwill is rarely the goodwill of the franchisee*» <sup>132</sup>; si bien para los contratos de distribución se introducen algunos matices reconociendo que el distribuidor podría tener derecho a reclamar la indemnización por el fondo de comercio si, al igual que el agente, «*has created the market for the products*» <sup>133</sup>. En definitiva, se viene a decir que en los contratos de franquicia y distribución la generación de *goodwill* (clientela) deriva fundamentalmente de las marcas y el nombre comercial del proveedor y franquiciador por lo que *raramente* se produce transferencia del fondo de comercio.

El razonamiento expuesto se completa con el ejemplo que ilustra dicha transferencia: «*The most typical example of transfer of goodwill is where the principal, franchisor or supplier has access to list of clients and other similar data either because the commercial agent, franchisee or distributor has ended such lists over after the termination of the relationship or because the principal, franchisor or supplier otherwise has access to such data*» <sup>134</sup>. De acuerdo con lo anterior, la transferencia del fondo de comercio se manifiesta (típicamente) tras la extinción del contrato, como el acceso por el principal, franquiciador o proveedor a la clientela generada *durante* la vigencia del contrato ya sea porque el agente, franquiciado o distribuidor entrega las listas de clientes u otros datos similares o bien porque aquellos tienen acceso a estos datos por otros medios. El ejemplo propuesto por el DCFR parece soslayar una cuestión esencial que marca la diferencia entre el contrato de agencia y todos los demás; a saber: el «control jurídico» de la clientela. En efecto, en la agencia comercial, el agente siempre actúa en nombre y por cuenta del principal por lo que la clientela de un determinado bien o servicio queda vinculada jurídicamente con este y no con el agente. Por tanto, tras la extinción del contrato de agencia el principal tiene un *acceso efectivo* a la clientela, conseguida a tra-

<sup>128</sup> Por ello, aclaran los comentarios que: «*This means that where the volume has increased as a consequence of a new client from a party's exclusive territory, this party is not automatically entitled to an indemnity*». Vid. DCFR, pág. 2.322.

<sup>129</sup> Ídem.

<sup>130</sup> Se dice que: «*A party which claims an indemnity for the transfer of goodwill has to prove that it has significantly increased the other party's volume of business. In other words, it must prove that the goodwill it had was transferred to the other party as a result of the termination of the contractual relationship*». Vid. DCFR, pág. 2.322.

<sup>131</sup> Vid. DCFR, págs. 2.322 y 2.323.

<sup>132</sup> Vid. DCFR, pág. 2.322.

<sup>133</sup> Ídem.

<sup>134</sup> Ídem nota 132.

vés del agente porque son sus propios clientes<sup>135</sup>. Por el contrario, en los contratos de franquicia y distribución, los franquiciados y distribuidores revenden en nombre y por cuenta propia a los terceros de modo que son ellos quienes, a priori, ejercen el «control jurídico» sobre la clientela por mucho que se defienda la *vis atractiva* del nombre comercial o las marcas del franquiciador y proveedor. Consecuentemente con ello, para estos empresarios es fundamental garantizar la «continuidad de la clientela» una vez extinguido el contrato de franquicia o distribución bien imponiendo a la contraparte una obligación de cesión de las listas de clientes en el momento extintivo o bien asegurando que durante la vigencia del contrato se tiene acceso a la clientela a través de la remisión de informes periódicos, archivos y aplicaciones informáticas compartidas, etc. Así las cosas, el ejemplo de transferencia de fondo de comercio se encuentra más próximo a la segunda hipótesis contenida en el requisito material de la letra a) consistente en que la actividad desplegada por una de las partes pueda seguir reportando ventajas sustanciales a la otra una vez extinguido el contrato. Esta condición no solo implica efectuar una predicción sobre la producción de beneficios económicos futuros procedentes de la clientela (básicamente porque esta continúe demandando los productos del proveedor, franquiciador o principal) sino que, además, conlleva estar en condiciones de obtener dichos beneficios de ahí la importancia de detentar el control material de la clientela. En la valoración de esta evolución futura del volumen de negocios debe tenerse en cuenta una eventual disminución de las ventajas sustanciales debido a distintos factores (vida útil del bien o servicio, coyuntura del mercado, etc.) pero estamos de acuerdo en que, en ningún caso, puede rebatirse la pretensión indemnizatoria alegando cualquiera de las partes que ha transmitido su empresa a un tercero ya que, precisamente en este caso, la contraprestación recibida incluye el valor del fondo de comercio de aquella<sup>136</sup>.

El último de los presupuestos materiales exigidos por el DCFR consiste, como se ha dicho, en que dicha indemnización sea razonable. Aunque su redacción literal difiere del de la Directiva<sup>137</sup>, de los comentarios al precepto se deduce que su *ratio legis* es la misma. El juicio sobre la razonabilidad de la indemnización sirve para confirmar que la parte que reclama la indemnización por el fondo de comercio, la merece, una vez comprobado que se ha hecho acreedor de la misma por concurrir el presupuesto desencadenante (extinción del contrato) y el primer presupuesto material. Para la adecuada práctica de este enjuiciamiento los comentaristas del DCFR sugieren considerar entre otros factores: la terminación irregular del contrato, la existencia de pactos de limitación de competencia poscontractual, o el derecho del agente a percibir comisiones por los contratos celebrados por el prin-

<sup>135</sup> A título de ejemplo, piénsese en el contrato de agencia de seguros; el agente de seguros actúa en el mercado por cuenta y en nombre de una o varias entidades aseguradoras para la promoción y/o conclusión de contratos de seguros. Los clientes que suscriben dicho contrato quedan vinculados jurídicamente con la entidad aseguradora y no con el agente.

<sup>136</sup> Aunque el fondo de comercio es un activo en la medida que se trata de un recurso controlado por el empresario del cual se espera una rentabilidad futura no se reconoce como tal en el balance hasta que se adquiere en una transacción u otro suceso en el que la adquirente obtiene el control de uno o más negocios. En este contexto, el importe del fondo de comercio vendrá determinado por la diferencia entre la contraprestación entregada en la operación y el valor razonable de los activos y pasivos «identificables» de la empresa adquirida, que son reconocidos por la empresa adquirente como resultado de la aplicación del método de adquisición en el registro contable de la operación. En definitiva, el fondo de comercio refleja el valor de aquellos recursos y sinergias procedentes de la empresa o negocio adquirido que no cumplen los requisitos necesarios para su reconocimiento de manera individualizada.

<sup>137</sup> *Vid.* artículo 17.2: «el pago de dicha indemnización fuere equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes. Los Estados miembros podrán prever que dichas circunstancias incluyan también la aplicación o la no aplicación de una cláusula de no competencia con arreglo al artículo 20».

principal una vez extinguida la relación de agencia. Nótese que la mayoría de estos supuestos únicamente contemplan la *razonabilidad* de la indemnización desde la perspectiva del agente, franquiciado y distribuidor y ello es así porque, a pesar de la original regulación propuesta por IV.E.-2:305, subyacen los mismos planteamientos tuitivos de la que se considera parte débil del contrato que inspiraron la Directiva 86/653. En todo caso, conviene analizar cada uno de estos supuestos por separado excepto el derecho del agente a percibir comisiones por contratos celebrados por el principal cuyo tratamiento se efectuará en el comentario correspondiente al artículo IV.E.-3:302.

Respecto a la terminación irregular del contrato, los comentarios parecen recelar de una eventual duplicidad de indemnizaciones razonando que «*the same loss cannot be compensated twice, once as loss of benefit (damages amounting to the expectation interest) and once as "loss" of goodwill (indemnity for the transfer of goodwill)*»<sup>138</sup>. En nuestra opinión no existe tal riesgo ya que, en el primer caso (indemnización por preaviso insuficiente), la pérdida del beneficio que reclama una de las partes se acota temporalmente al periodo adicional de preaviso que la contraparte incumplió (de hecho, esta indemnización es *sustitutiva* del preaviso), transcurrido dicho periodo la indemnización por el fondo de comercio compensa la pérdida o transferencia de la clientela. Por este motivo, ambas indemnizaciones no solo son perfectamente compatibles sino que la concesión de la primera en modo alguno debe incidir en la valoración de la segunda como veladamente sugieren los comentaristas del DCFR.

En cuanto a la existencia de pactos de limitación de competencia de carácter poscontractual conviene señalar que, a tenor de los comentarios a este precepto, se trata de un dato que juega a favor de la concesión de la indemnización al agente, distribuidor o proveedor. No obstante, la correlación entre pactos de limitación de competencia e indemnización por el fondo de comercio no es absoluta ya que habrá de tenerse en cuenta si el agente, distribuidor o franquiciado fueron compensados por esta prohibición circunstancia esta que reduciría considerablemente la posibilidad de obtener una indemnización por el fondo de comercio<sup>139</sup>. Finalmente, y a diferencia de la Directiva, el DCFR no ofrece en esta sede ningún criterio para cuantificar la indemnización por el fondo de comercio si bien los comentarios remiten al artículo IV E: 3:312 para calcular dicha indemnización en el contrato de agencia.

En cuanto a la compatibilidad de la indemnización por el fondo de comercio prevista en el DCFR y el derecho español podemos afirmar que, a falta de una regulación expresa sobre el tema, no creemos que plantee especiales problemas de adaptación máxime si tenemos en cuenta que un sector de la doctrina y la jurisprudencia se muestran partidarios de conceder a los distribuidores la indemnización por clientela regulada en el artículo 28 de la Ley 12/1992 reguladora del contrato de agencia, ya sea con apoyo en la doctrina del enriquecimiento injustificado, o mediante la aplicación analógica de dicho precepto. En efecto, como recuerda la STS de 15 de enero de 2008<sup>140</sup> «la posibilidad de que los contratos de concesión o distribución, por tiempo no solo indefinido sino también determinado, generen por su extinción el derecho del concesionario o distribuidor a una compensación económica a cargo del concedente o fabricante por la clientela ganada gracias al esfuerzo empre-

<sup>138</sup> Vid. DCFR, pág. 2.323.

<sup>139</sup> Vid. DCFR, págs. 2.323 y 2.324.

<sup>140</sup> RJ 2008\1393. Esta sentencia fue dictada por el pleno de los magistrados de la Sala 1.<sup>a</sup> con carácter recopilatorio de la jurisprudencia sobre el tema.



sarial del primero, y de la que pueda aprovecharse el segundo tras la extinción del contrato, se ha reafirmado en varias ocasiones por la jurisprudencia de esta Sala (...)»<sup>141</sup> y añade que «por lo común tal jurisprudencia se funda en lo injustificado del enriquecimiento o ventaja adquirida por el concedente merced a la extinción del contrato, enriquecimiento correlativo no tanto al empobrecimiento del distribuidor como a la creación de un activo empresarial, gracias a su esfuerzo, que a partir de entonces va a aprovechar únicamente a aquel»<sup>142</sup>.

Esta posición ha sido criticada por un sector de la doctrina científica destacando que la clientela no se atribuye por el simple hecho de la terminación del contrato, y que, en cualquier caso, no resulta adquirida sin causa o fundamento jurídico, pues «se funda en la prestación contractual debida por el agente o concesionario, que justamente consiste en promover las ventas del fabricante durante la vigencia del contrato y aumentar su clientela»<sup>143</sup>. También en algunas resoluciones del TS se advierte una posición crítica frente a la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto como fundamento de la compensación por clientela en favor del distribuidor o concesionario. Así, la STS de 18 de marzo de 2004<sup>144</sup> razona que la captación de clientes durante la vigencia del contrato es una de las prestaciones propias del concesionario, quien, al asumir la obligación de promover las ventas de los productos del concedente, debe una prestación de la que no solo resulta beneficiado este último por lo que no tendría carácter injustificado el eventual «enriquecimiento» que se produjere a la extinción del contrato mediante asignación de la cartera de clientes, pues la doctrina rechaza la apli-

<sup>141</sup> La resolución cita a título de ejemplo las siguientes: SSTS 21 de noviembre de 2005 [RJ 2005, 7677], 5 de mayo de 2006 [RJ 2006, 4050], 22 de marzo de 2007 [RJ 2007, 2816], 22 de junio de 2007 [RJ 2007, 5427], 20 de julio de 2007 [RJ 2007, 5071] y 31 de julio de 2007.

<sup>142</sup> La STS de 15 de enero de 2008 no solo reafirma la posibilidad de reconocer la compensación por clientela a favor del distribuidor cuando se extinga el contrato con base en la prohibición del enriquecimiento injusto sino que, adicionalmente, alude al artículo 1.258 del Código Civil, en cuanto tal compensación sería una consecuencia acorde con la naturaleza del contrato de distribución y, además, conforme a la buena fe. Este argumento se desarrolla con claridad en la STS de 20 de julio de 2007 que resuelve un recurso de casación donde se discute el derecho a la compensación por clientela de un concesionario de automóviles. La resolución citada matiza que «la compensación por clientela no opera de modo automático por el simple hecho de la extinción del contrato (SS, entre otras, 20 de mayo de 2004, 29 de septiembre de 2006, 22 de marzo de 2007) sino por lo aportado y dejado en la esfera del desenvolvimiento del concesionario, que da lugar a un aprovechamiento por el empresario de la clientela creada por el distribuidor en su labor de tal (SS 22 de abril y 23 de diciembre de 2002). Por consiguiente, la indemnización se halla supeditada a que efectivamente el concedente se aproveche de una red de clientes creada por el distribuidor (SS 18 de julio de 2000, 5 de julio de 2001). Precisamente el aprovechamiento de esa realidad económica, que pasa a integrarse en el fondo comercial del concedente y tiene un efectivo valor económico, creada o incrementada por el concesionario, y por lo tanto por un esfuerzo ajeno, supone para el concedente (bien directamente o bien mediante un nuevo concesionario) un enriquecimiento injustificado, que por ello debe ser compensado en la medida adecuada».

<sup>143</sup> C. PAZ ARES., «La indemnización por clientela en el contrato de concesión» en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino F. Duque*, Volumen II, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e intercambio científico, Valladolid, 1998, págs. 1.287-1.303, pág. 1.289. En el mismo sentido, Fernando MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela...* ob. cit., pág. 93 quien niega este fundamento en el contexto de la agencia.

<sup>144</sup> (RJ 2004, 2147). La resolución citada argumenta que «el posible enriquecimiento de la concedente debido a la extinción del contrato tendría una causa tan perfectamente identificada como indiscutiblemente lícita, y que no sería otra que el propio contrato pues la captación de clientes durante la vigencia del contrato no es sino una de las prestaciones propias, en realidad la más característica, del concesionario, quien al asumir la obligación de promover las ventas de los productos del concedente debe una prestación de la que no solo resulta beneficiado este último, por una posible fidelidad futura del comprador a su marca, sino también el propio concesionario, porque a mayor volumen de ventas mayor es su ganancia, beneficiándose ambas partes del mismo modo que a ambas beneficia también el prestigio de la marca, normalmente debido al esfuerzo empresarial del concedente».

cabilidad del principio prohibitivo del enriquecimiento injustificado cuando el beneficio y el correlativo perjuicio denunciados tengan su fuente en un convenio <sup>145</sup>. Otras resoluciones han considerado que el enriquecimiento es injustificado cuando la extinción de la relación contractual no es atribuible a la voluntad o conducta del concesionario, por lo que excluyen los supuestos de mutuo disenso, denuncia unilateral del distribuidor por causa no imputable al concedente, o denuncia del concedente por incumplimiento del concesionario <sup>146</sup>.

En cuanto a la aplicación analógica de la indemnización por clientela a los contratos de distribución (en sentido estricto), la doctrina española <sup>147</sup> manifiesta una postura mayoritariamente favorable basándose en la esencial similitud, desde el punto de vista de la función económico-social, entre las relaciones de agencia y aquellas lo que conforme al artículo 4.1 del Código Civil permite integrar los contratos de distribución que se hubieran pactado verbalmente o, habiéndose documentado, no contuvieran previsión alguna sobre la liquidación de las relaciones entre las partes al extinguirse el contrato, dada la falta de regulación legal del contrato de distribución. Los detractores de la aplicación analógica por su parte <sup>148</sup> la combaten sobre la base de negar que se den los presupuestos tradicionalmente exigidos para la misma: existencia de una laguna legal <sup>149</sup>, carácter potencialmente expansivo de la norma <sup>150</sup> e identidad de razón. Por lo que respecta a la jurisprudencia si bien se encuentran decisiones en las que se formula una posición contraria a la misma <sup>151</sup>,

<sup>145</sup> STS de 26 de abril de 2004 (RJ 2004, 2714), que cita las de 27 de marzo (RJ 2003, 2829), 12 de junio (RJ 2003, 5354), 22 de septiembre (RJ 2003, 8780), 27 de octubre (RJ 2003, 7846) y 31 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9227).

<sup>146</sup> SSTS de 15 de abril, 16 de mayo (RJ 2001, 6215) y 5 de julio de 2001, 27 de octubre, 16 (RJ 2006, 155) y 29 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 178), 1 de febrero de 2006 (RJ 2006, 434), 20 (RJ 2007, 2622) y 22 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2816).

<sup>147</sup> ECHEVARRÍA, «El contrato de franquicia», 1995, pág. 541; MARTÍNEZ SANZ, «La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión», ob. cit., pág. 275.

<sup>148</sup> RICARDO ALONSO SOTO, «Contratos de distribución en Curso de Derecho Mercantil», de URÍA-MENÉNDEZ II, Madrid, 2007, pág. 210; PAZ ARES, «La terminación de los contratos de distribución», *RDM*, 1997, pág. 8; FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, «Instituciones de Derecho Mercantil», II, Madrid, 2000, pág. 179.

<sup>149</sup> A la carencia específica de regulación normativa como presupuesto de la aplicación analógica se refieren las SSTS de 7 de enero de 1981 (RJ 1981, 33) y de 13 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8253). La jurisprudencia ha recogido el sentido de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo de 31 de mayo de 1974 cuando enfatizaba que la analogía «no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto», en este sentido, SSTS de 20 de febrero de 1989, 13 de junio de 2003 (RJ 2003, 4127), 21 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9312), etc.

<sup>150</sup> Con frecuencia se esgrime que la regla contenida en el artículo 28 no puede ser aplicada analógicamente en atención a la finalidad tuitiva de esta norma en particular y de la Ley de Agencia en general: este argumento es contestado, entre otras, por la STS 697/2007, de 22 de junio, con el siguiente tenor: «Sin desconocer que esta connotación se halla expresamente declarada en la Directiva 86/653/CEE (LCEur 1986, 4697), y explica en buena parte el carácter imperativo de los preceptos de la LCA (RCL 1992, 1216), su efecto no es el de impedir la aplicación analógica de sus disposiciones, sino el de procurar un régimen distinto a la normación contractual, que en sede de agencia se traducirá en restricciones de la autonomía privada que no se darán en las previsiones realizadas en el seno de otras relaciones contractuales. Solo las normas excepcionales, penales o temporales tienen limitada la aplicación analógica (art. 4.2 del CC), y el carácter tuitivo predicado de las reglas de la LCA, y en especial del artículo 28, no podrían por sí impedir la aplicación analógica».

<sup>151</sup> La STS 697/2007, de 22 de junio, resume con gran acierto esta línea jurisprudencial expresando que, prácticamente en todas las resoluciones judiciales, el argumento de la inaplicabilidad por analogía es superfluo, puesto que no se dan los presupuestos fácticos necesarios, o bien se trata de un mero *obiter dictum*. Así, «(E)n la Sentencia de 8 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8637) no pasa de exponerse un planteamiento general, en un supuesto en que hay una resolución de

son también mayoría las que la acepta<sup>152</sup>. En definitiva, del análisis de esta doctrina jurisprudencial puede deducirse que la llamada indemnización por clientela no es exclusiva del contrato de agencia y, pese a las diferencias estructurales con otros instrumentos jurídicos utilizados por los empresarios para la distribución de los productos, puede ser apreciado en otros contratos siempre que concurren los requisitos exigidos por el artículo 28 de la Ley 12/1992; en primer lugar, es preciso que se produzca la extinción del contrato (sea por tiempo determinado o indefinido) y por causas no imputables al distribuidor. Se requiere, además, que el distribuidor pruebe la efectiva apor-

la relación que se entiende correcta. En la Sentencia de 30 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8439) la improcedencia de la aplicación de las normas de la LCA a los contratos de distribución es, realmente, un *obiter dictum*, pues en el caso no se daba el presupuesto fáctico, en una relación de concesión anterior a la Ley del Contrato de Agencia, y había un pacto de exclusión de la indemnización. En la de 20 de enero de 2000 (RJ 2000, 112) prospera el motivo, formulado sobre la base de los artículos 1.278 del Código Civil (LEG 1889, 27) y 51.1 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) sobre la existencia de un contrato de distribución, y no una serie sucesiva de ventas, y se condena al concedente a indemnizar daños por denuncia abusiva y de mala fe. La cuestión que ahora nos ocupa aparece marginalmente, como una pretensión del actor por enriquecimiento injusto. En la Sentencia de 5 de febrero de 2004 (RJ 2004, 639), no obstante un pronunciamiento general, considera "acertado en criterio de la Audiencia, favorable a la aplicación analógica de las normas legales sobre el contrato de agencia, si bien ha de matizarse, a juicio de esta Sala, en el sentido de que es procedente aquella aplicación pero con respeto a la naturaleza jurídica distinta de la agencia y de la concesión en exclusiva, y en tanto no exista doctrina jurisprudencial o pacto de las partes sobre el último contrato". En la Sentencia de 16 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2447) se afirma que la causa de la resolución se encuentra en el incumplimiento del concesionario, supuesto que también privaría al concesionario de la indemnización de acuerdo con el artículo 30 de la LCA. La Sentencia de 27 de abril de 2005 (RJ 2005, 4558) niega la indemnización por clientela en supuesto de contrato de distribución que no establecía la exclusiva y en el que se produce una resolución unilateral por fuerte disminución de las ventas, con lo que no parece darse el presupuesto de incremento de la clientela o del volumen de negocios. La Sentencia de 26 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8147) declara no aplicable la LCA a un contrato de distribución en exclusiva, sobre cuya calificación discuten las partes si se trata de suministro o distribución, pero subraya que la clientela, para ser indemnizada, debe haber sido captada directamente por el propio agente y beneficiar posteriormente a la demandada, lo que no parece darse en el caso. La Sentencia de 27 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8043) declara también la inaplicación por analogía de la LCA en la resolución de un contrato de distribución en exclusiva en zona determinada que se resuelve por incumplimiento del distribuidor, pero subraya que ni aun aplicando por analogía la LCA cabría otra solución, en vista del artículo 30 de la mencionada LCA. La Sentencia de 10 de julio de 2006 (RJ 2006, 8323) declaró inaplicable la LCA (art. 25) a un contrato de distribución de prensa periódica, dadas las características específicas de este tipo de contratos, en los que no hay asunción de riesgo ni formación de clientela. Y la de 6 de noviembre de 2006, si bien declaraba que no se pueden aplicar por analogía las normas reguladoras del contrato de agencia, cuestión –dice– "muy discutida en la doctrina de esta Sala y en la científica", apunta que, ello no obstante, hay que acudir a un tratamiento caso por caso en función de que se pruebe que hay "identidad de razón" en la solución de cada uno de los problemas».

<sup>152</sup> La STS 697/2007, de 22 de junio, destaca que la misma ha de producirse «en cuanto las normas de la LCA contienen un criterio interpretativo inspirador (STS 14 de febrero de 1997, 20 de mayo de 2004, 21 de marzo de 2007) o se ha de producir "con matices" o atendiendo a las características de los contratos de distribución, en los que la indemnización por clientela no es imperativa (SSTS de 27 de enero de 2003 [RJ 2003, 1137], 26 de abril de 2004 [RJ 2004, 2714]), y puede ser renunciada o regulada con amplia discrecionalidad (29 de septiembre [RJ 2006, 6515] y 27 de noviembre de 2006 [RJ 2007, 272], 22 de marzo de 2007 [RJ 2007, 2816]). La Sentencia de 28 de enero de 2002 señalaba que los preceptos de la Ley del Contrato de Agencia no constituyen un "derecho excepcional" que tenga vedado el acceso a la aplicación por analogía (art. 4.2 del CC), sino un "derecho especial". La Sentencia de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7677), señala que la distribución exclusiva, que es relación de naturaleza duradera, "es susceptible de crear una clientela que potencialmente puede ser aprovechada por el concedente que extingue tal relación, lo que supone enriquecerse con el esfuerzo ajeno, ya sin ninguna retribución, y apunta que de preceptos como el artículo 28 de la LCA y el artículo 34 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre (RCL 1992, 1216), de Arrendamientos Urbanos, puede extraerse un principio favorable a la indemnización en aquellos supuestos en que se puede producir el mismo resultado (creación de clientela) y no se encuentran regulados en la ley, por lo que la jurisprudencia de esta Sala ha venido concediendo de modo reiterado una indemnización al concesionario en base a una aplicación analógica del artículo 28 de la LCA"».

tación de clientela <sup>153</sup> y su potencial aprovechamiento por el concedente <sup>154</sup>. Adicionalmente, los tribunales pueden ponderar todas las circunstancias del caso, como en especial sería la integración o no del concesionario en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente <sup>155</sup>, pactos de exclusividad <sup>156</sup>, etc.

Finalmente, y en cuanto a la Propuesta española el artículo 26.1 establece que «Salvo pacto en contrario, la terminación de los contratos de distribución no obligará al proveedor a compensar al distribuidor por la clientela que este hubiera podido generar durante la relación». No obstante lo anterior, se contemplan una serie de excepciones a este principio, justificadas por la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias <sup>157</sup>: a) que por la naturaleza del contrato y por la actividad del distribuidor se hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes, b) que el distribuidor haya facilitado al proveedor un listado de los clientes, c) que se haya esta-

<sup>153</sup> En algunas resoluciones se descarta la compensación si claramente resulta que el cliente es atraído por la marca y no por el esfuerzo del distribuidor (STS de 6 de noviembre del 2006 y 21 de marzo del 2007). Por su parte, la STS de 21 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2620) reitera que: «Que en el contrato de distribución, a la hora de plantearse una indemnización por clientela a favor del distribuidor, no debe olvidarse, en beneficio del concedente, el renombre o reputación de los productos de este y el coste de las campañas publicitarias de los mismos, dadas las ventajas que reportan al distribuidor en forma de mayores ganancias [SSTS de 12 de junio de 1999 (RJ 1999, 4292) y 5 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4050)]».

<sup>154</sup> El «Informe sobre la problemática de los contratos de distribución», pág. 10, alude a una situación que evidencia la facilidad con la que los proveedores pueden acceder a la clientela del distribuidor durante el contrato y que según los distribuidores constituye una posible apropiación del fondo de comercio. Esta situación se describe del siguiente modo: «los distribuidores se obligan en el contrato a utilizar los sistemas informáticos del proveedor. Se trata de plataformas informáticas a través de las que se efectúa la comunicación de pedidos y, en general, la gestión de las relaciones con los clientes. A través de estos sistemas informáticos de gestión cerrada el proveedor está conectado 24 horas con el distribuidor y tiene acceso a distintas informaciones comerciales y a los datos personales de los clientes del distribuidor. El acceso a los datos personales de la clientela del distribuidor que se produce con la gestión diaria de su negocio a través del sistema informático del proveedor, en el que se va introduciendo toda la información sobre actuales o potenciales clientes, preocupa especialmente a los distribuidores dado que entienden que es una forma de posible apropiación de su fondo de comercio». Por su parte, la Asociación Nacional de Fabricantes de Automóviles y Camiones (ANFAC), como representante de los proveedores en este sector, justifica el control sobre la clientela de los distribuidores con dos argumentos distintos. El primero esgrime razones de seguridad. El fabricante es el responsable continuo de la seguridad del producto frente al consumidor y debe ponerse en contacto con el mismo para poder cumplir con esta obligación. El segundo es el deseo que, afirman, tiene el consumidor de mantener un contacto directo con la marca. Arguyen que, en la era de Internet, es necesario que entre fabricantes y consumidores se dé una comunicación directa y gratuita sobre productos, servicios y acciones especiales.

<sup>155</sup> Como recuerda la STS núm. 697/2007, de 22 de junio: «Esta misma apreciación puede encontrarse en la jurisprudencia alemana (notablemente las Sentencias del *Bundesgerichtshof*, Tribunal Federal, de 11 de diciembre de 1958 y 11 de febrero de 1977) para la aplicación por analogía del parágrafo 89b del HGB (*Handelsgesetzbuch*, Código de Comercio) en el que se dispone una compensación adecuada a favor del "representante de comercio" (agente) cuando el empresario se aprovecha, incluso después del fin de la relación contractual, de las relaciones de negocios que el agente ha establecido con nuevos clientes, habiendo perdido (el agente) su derecho a comisión por negocios ya concluidos o en trance de terminar si la relación hubiera continuado, y siempre que se considere la compensación como equitativa, en vista de las circunstancias. El Tribunal Federal señalaba, como uno de los requisitos para la aplicación a los concesionarios de la regla prevista para los agentes, que se comprobaba un cierto grado de integración de aquellos en la red de distribución del concedente».

<sup>156</sup> En algunos casos este pacto se considera un requisito imprescindible para determinar la procedencia de la indemnización [SSTS de 29 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 6515), 9 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1189) y 29 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 178)] y en otras como un criterio que sirve para cuantificar la indemnización [STS de 4 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8017)].

<sup>157</sup> Se entiende que no deben apreciarse cumulativamente, es decir, cualquiera de ellas es suficiente para apreciar el derecho a la compensación por clientela.

blecido un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato, no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor<sup>158</sup>.

En nuestra opinión, la indemnización por el fondo de comercio que propone el DCFR es más adecuada para los contratos de distribución que la indemnización por la clientela de la Ley de Agencia que se viene reconociendo por la jurisprudencia española. De un lado, porque puede reclamarse por cualquiera de las dos partes (proveedor o distribuidor) lo que resulta coherente con la premisa de igualdad y con la actuación en nombre propio de cada una de ellas; de otro, porque no depende de las causas de terminación del contrato sino del hecho mismo de su extinción; por último, porque puede corregir, siquiera por vía indirecta, uno de los problemas señalados por el Informe en el sentido que los proveedores ejercen un intenso control de la actividad comercial que llevan a cabo sus distribuidores que se articula, entre otros medios, obligando a utilizar los sistemas informáticos del proveedor. Dice el Informe que «se trata de plataformas informáticas a través de las que se efectúa la comunicación de pedidos y, en general, la gestión de las relaciones con los clientes. A través de estos sistemas informáticos de gestión cerrada el proveedor está conectado 24 horas con el distribuidor y tiene acceso a distintas informaciones comerciales y a los datos personales de los clientes del distribuidor». Y añade que «el acceso a los datos personales de la clientela del distribuidor que se produce con la gestión diaria de su negocio a través del sistema informático del proveedor, en el que se va introduciendo toda la información sobre actuales o potenciales clientes, preocupa especialmente a los distribuidores dado que entienden que es una forma de posible apropiación de su fondo de comercio». En este sentido, el DCFR no solo les da la razón sino que facilita los argumentos para la reclamación de una indemnización por este concepto.

## VIII. OTRAS DISPOSICIONES APLICABLES AL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

Las reglas modelo sobre los contratos de distribución finalizan con una serie de disposiciones relativas a una serie de cuestiones que no han sido objeto de regulación expresa en el ordenamiento español y que, a nuestro modo de ver, pueden contribuir a resolver alguno de los problemas planteados en el «Informe sobre la problemática de los contratos de distribución».

### VIII.1. La gestión de las existencias, piezas de recambio y otros materiales tras la extinción del contrato de distribución

#### *IV.E.-2:306: Stock, spare parts and materials*<sup>159</sup>

*If the contract is avoided, or the contractual relationship terminated, by either party, the party whose products are being brought on to the market must repurchase the other party's remain-*

<sup>158</sup> Pacto que está limitado a un periodo máximo de un año.

<sup>159</sup> IV.E.-2:306: Existencias, piezas de repuesto y materiales. Si el contrato es invalidado o termina, por cualquiera de las partes, la parte cuyos productos se han introducido en el mercado debe recomprar a la otra parte el resto de las existencias, piezas de repuesto y materiales a un precio razonable, a menos que la otra parte pueda revenderlos razonablemente.

*ning stock, spare parts and materials at a reasonable price, unless the other party can reasonably resell them.*

El artículo IV.E.-2:306 contempla unas previsiones respecto a la gestión de las existencias, piezas de recambio y otros materiales una vez terminado el contrato por cualquier causa y por cualquiera de las partes. En principio se trata de una norma que afecta fundamentalmente a los contratos de distribución y franquicia puesto que, en su virtud, el distribuidor y franquiciado *adquieren* la propiedad de los productos suministrados por el fabricante o productor para *revenderlos* en nombre propio a terceros. Por el contrario, los agentes no adquieren los productos del principal si bien los comentarios al DCFR contemplan alguna excepción como es el caso de compra de material publicitario procedente del principal que justificaría la aplicación de este precepto. Desde un punto de vista contable, las existencias son elementos de un inventario propiedad de la empresa, que forman parte del activo corriente, integrándose en el ciclo de explotación con la finalidad de convertirse en efectivo a través de su venta a los clientes. En las existencias se incluyen los bienes comprados y almacenados para revender y las piezas de recambio que son aquellas destinadas a sustituir, en caso necesario, a otra igual de una máquina, aparato o instrumento. Durante la vigencia del contrato de distribución las existencias se integran en la estructura económica de la empresa del distribuidor a la espera de ser vendidos en el curso normal de la explotación. Una vez terminado el contrato, sin embargo, el distribuidor no puede seguir vendiendo o utilizando estos activos en el contexto de su actividad (especialmente si se le han impuesto cláusulas de no competencia poscontractual) por lo que es necesario arbitrar un remedio que permita su liquidación o realización en condiciones adecuadas. En este sentido, el DCFR propone dos remedios sucesivos; el primero es que al distribuidor o franquiciado se le permita revender las existencias, piezas de recambio y otros materiales a un precio razonable. Aunque no se precisa a *quién* es obvio que no puede ser al propio proveedor o franquiciado, entre otras razones, porque esta constituiría la segunda de las soluciones apuntadas por el precepto. Lo anterior nos lleva a concluir que la venta de las existencias y otros materiales podría celebrarse con terceros e incluso con los distribuidores entrantes que sustituyeran a los anteriores en la comercialización y distribución de dichos productos. Solo cuando este desenlace no sea factible se propone un remedio alternativo consistente en que el propio proveedor «recompre» las existencias, los recambios y otro material sobrante. Así las cosas, el deber de recompra no se impone al proveedor sino cuando haya quedado acreditado que el distribuidor no puede revender los productos a un precio razonable incumbiéndole al proveedor y franquiciador la prueba de lo contrario a fin de liberarse de dicho deber. Otra cuestión que se aborda es el precio de la recompra. El DCFR se limita a exigir que este sea razonable y, a estos efectos, los comentarios sugieren que el precio de venta de las existencias a los nuevos distribuidores, sería el precio razonable que los proveedores deberían abonar a los distribuidores salientes. Pueden tenerse en cuenta otras circunstancias como las obligaciones de adquirir una determinada cantidad de productos impuestas por el proveedor o franquiciador o la posibilidad de que una parte de las existencias hayan perdido parte de su valor, etc.

Aunque en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma equivalente a la contemplada por el DCFR, nuestra jurisprudencia ha señalado en algunas ocasiones que en los contratos de distri-

bución ostenta un particular significado la procedencia del reintegro, en su caso, de lo que denominan «stocks residuales»<sup>160</sup>. La Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución incluye en el Título V una disposición aplicable a la extinción del contrato, en cualquiera de sus modalidades, que pretende resolver los conflictos entre las partes respecto a la liquidación y destino de las mercancías sobrantes en el momento de la extinción<sup>161</sup>. Este precepto establece que una vez terminado el contrato de distribución por cualquiera de las causas indicadas en la ley, los contratantes colaborarán en la liquidación de la relación contractual, adoptando aquellas previsiones que, de acuerdo con la naturaleza y características del contrato, sean conformes con la buena fe. En particular, la Propuesta dispone que las mercancías (existencias) en poder del proveedor o el distribuidor cuya fabricación o adquisición haya sido impuesta contractualmente, deben ser adquiridas por el otro contratante al precio de compra o de venta establecido en el contrato<sup>162</sup>. Esta previsión difiere de la establecida en el DCFR en un doble sentido, en primer lugar, porque impone a cualquiera de las partes el deber de recompra (adquisición) sin opción a que, previamente, se puedan vender estas mercancías a terceros. En segundo lugar, establece que el precio de esta venta ha de ser el mismo que figura en el propio contrato de distribución en lugar de un «precio razonable» en atención a una serie de circunstancias. A nuestro modo de ver, la propuesta del DCFR resulta más conveniente porque aporta flexibilidad sobre una cuestión especialmente controvertida, no en vano este era uno de los puntos «calientes» de la disposición adicional introducida en la Ley de Agencia y porque, en definitiva, no resulta excesivamente onerosa para ninguna de las partes.

En cuanto al material publicitario entregado *gratuitamente* al distribuidor, ordena que el proveedor lo retire en su caso en el plazo de tres meses desde la fecha de extinción del contrato<sup>163</sup>. Lo anterior es coherente con la prohibición que se establece en el último párrafo en el sentido que el distribuidor, una vez extinguido el contrato, no puede utilizar material publicitario que induzca o pueda inducir a confusión sobre la permanencia del contrato de distribución, debiendo retirar de la denominación social, del rótulo del establecimiento y de cualquier material publicitario, cualquier indicación relativa a dicho contrato<sup>164</sup>. Sin embargo, nada se dice respecto al material publicitario adquirido *onerosamente* por el distribuidor, aunque a tenor de la buena fe que debe impregnar la ejecución del contrato sería razonable esperar que dicho material fuera recomprado por el proveedor.

<sup>160</sup> La STS de 26 abril de 2002 (RJ 2002\5244) condena a la empresa fabricante a pagar a la distribuidora entre otros conceptos: «las partidas igualmente reclamadas por Publicidad Institucional y ordinaria y publicaciones de Telefónica, por el Stock de Recambios por el Utillaje Específico y Vehículos de Taller, al tratarse de resultas económicas que, aunque son procedentes para restaurar la situación patrimonial de la concesionaria, no obstante, no constatada su respectiva cuantía reclamada en forma indubitada en autos, su importe se relega para cuanto se demuestre en el trámite de ejecución de sentencia, en el que las partes puedan aportar los datos y pruebas de su realidad económica».

<sup>161</sup> *Vid.* artículo 25.1 de la Propuesta.

<sup>162</sup> *Vid.* artículo 25.2 de la Propuesta.

<sup>163</sup> *Vid.* artículo 25.3 de la Propuesta.

<sup>164</sup> *Vid.* artículo 25.4 de la Propuesta.

## VIII.2. El derecho de retención

### *IV.E.-2:401: Right of retention* <sup>165</sup>

*In order to secure its rights to remuneration, compensation, damages and indemnity the party who is bringing the products on to the market has a right of retention over the movables of the other party which are in its possession as a result of the contract, until the other party has performed its obligations.*

El artículo IV.E.-2:401 contiene una regla destinada a proteger los intereses del agente comercial, franquiciado o distribuidor cuando sus pretensiones indemnizatorias no se vean debidamente atendidas durante la vigencia del contrato <sup>166</sup> o tras la extinción del mismo <sup>167</sup>. En particular, se les confiere el derecho a retener los bienes muebles propiedad del principal, proveedor y franquiciador (respectivamente), hasta que estos hayan cumplido íntegramente sus obligaciones de pago. Si bien el derecho enunciado adquiere una especial relevancia en el contrato de agencia comercial, puesto que el agente no adquiere la propiedad de los productos del principal como, por el contrario, sí ocurre en la distribución y en la franquicia, nada impide que el distribuidor y franquiciado pudieran ejercerlo si se diera el caso de tener en su poder bienes muebles propiedad del proveedor y franquiciador. En definitiva, se trata de una forma de garantía cuya finalidad principal consiste en evitar que el deudor pueda recuperar una cosa sin antes haber satisfecho el crédito forzando así su cumplimiento.

En cuanto a los presupuestos que articulan este derecho podemos señalar los siguientes: en primer lugar, la existencia de un crédito líquido, vencido y exigible del titular del mismo contra el destinatario de la cosa mueble retenida. El crédito que faculta para la retención del acreedor (agente, franquiciado o proveedor) trae su causa del contrato de agencia, franquicia o distribuidor y, en particular, se refiere a los tipificados en los artículos IV.E.-2:305 (*Indemnity for goodwill*) y IV.E.-2:303 (*Damages for termination with inadequate notice*). En segundo término, una situación posesoria preexistente y lícita por parte del agente, franquiciado y distribuidor sobre un bien mueble que deba entregar al deudor del mencionado crédito (principal, franquiciador y proveedor) e incluso a un tercero (al nuevo agente, franquiciado y distribuidor que sustituye, si es el caso, a los salientes). A este requisito hace referencia el propio precepto cuando alude a que «los bienes muebles de la otra parte (...) se encuentren en su poder como resultado del contrato». En efecto, el significado del propio vocablo «retener» implica que previamente «se tiene» una cosa mueble y lo que se pretende es impedir que se entregue o devuelva a quien corresponda. Esta situación posesoria preexistente deriva de la entrega de ciertas mercaderías, piezas de recambio, material publicitario, etc., propiedad del proveedor,

<sup>165</sup> Traducción propuesta: IV.E.-2:401: Derecho de retención. Con el fin de garantizar los derechos a la remuneración, compensación, indemnización de daños y perjuicios e indemnización por clientela la parte que ha introducido los productos en el mercado tiene un derecho de retención sobre los bienes muebles de la otra parte que se encuentren en su poder como resultado del contrato, hasta que la otra parte ha cumplido sus obligaciones.

<sup>166</sup> En relación a la remuneración.

<sup>167</sup> En relación a la compensación por clientela y la indemnización por notificación insuficiente.



franquiciador o principal a la contraparte en ejecución de una obligación contractual o por cualquier otro motivo que justifique dicha entrega.

En tercer lugar, esta situación de tenencia material ha perdido su título o razón de ser ya sea porque el contrato de agencia, franquicia o distribución se ha extinguido o porque, vigente el contrato, el agente, franquiciador o distribuidor tienen la obligación de devolver la cosa mueble. De hecho, los propios comentarios aluden a que, si bien el derecho de retención se regula en el Libro IX DCFR (*Proprietary security in movable assets*)<sup>168</sup> también puede situarse en el contexto del artículo III.-3:401 (*Right to withhold performance of reciprocal obligation*). La principal diferencia entre el primero y el segundo radica en que el derecho de retención ex artículo IX.-2:114 resulta eficaz no solo frente al principal, franquiciador o proveedor sino también frente a terceros, particularmente, los agentes, franquiciados o proveedores entrantes<sup>169</sup>. Por último, existe una suerte de conexión jurídica entre el crédito y la cosa retenida puesto que tanto la obligación de entregar la cosa mueble como el crédito a favor del actual tenedor de esta surgen de la misma relación jurídica (contrato de agencia, franquicia o distribución).

En la doctrina española se denomina «derecho de retención» a la facultad que, en determinados casos, concede la ley al poseedor de una cosa para que prolongue su situación posesoria después de decaído el título que la justificaba, y ello en razón de un crédito del poseedor frente al destinatario de la cosa, crédito relacionado, unas veces, con la cosa (gastos de conservación o mejora, indemnización de perjuicios causados con ocasión de la misma) y otras veces sin más relación que la puramente ocasional de la preexistente posesión de la cosa por el acreedor (posesión prendaria)<sup>170</sup>. La existencia de una cierta unanimidad doctrinal sobre el concepto contrasta con el tratamiento disperso de esta figura en el ordenamiento jurídico español<sup>171</sup> que se produce sobre la base de su relación con otras instituciones jurídicas, de forma que, como han puesto de manifiesto algunos autores, incluso su propia naturaleza jurídica varía en función de la institución de que se trate<sup>172</sup>. En cualquier

<sup>168</sup> IX.-2:114: Right of retention of possession: «Where under a contract or rule of law a person is entitled as against the owner of an asset to retain possession of the asset as security for a right to performance, this right of retention of possession gives rise to a possessory security right».

<sup>169</sup> *Vid.* comentario C, pág. 2.333.

<sup>170</sup> Por todos, *vid.* Elsa SABATER BAYLE, «Presupuestos estructurales de la facultad de retención posesoria» en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 2, 1993, págs. 1.973-1.990.

<sup>171</sup> En el Código Civil español esta facultad se concede en determinados casos al poseedor de buena fe, en todo caso, por el crédito derivado de haber realizado en la cosa gastos útiles y necesarios (art. 453), y, en ciertos casos, en razón de otro tipo de crédito derivado o no de la posesión de la cosa: indemnización de daños causados por el cumplimiento del mandato y reembolso de las cantidades anticipadas por el mandatario, en el supuesto del artículo 1.730; reparaciones extraordinarias y sus intereses legales, y aumentos en el valor de la cosa debidos a reparaciones indispensables realizadas por el usufructuario en el supuesto de los artículos 502 y 522; pago de la obra realizada en cosa mueble en el artículo 1.600; gastos de conservación de la cosa efectuados por el depositario e indemnización de perjuicios en el supuesto del 1.780; y cualquier deuda contraída por el deudor prendario, exigible antes de haberse pagado la garantizada con prenda en el supuesto del artículo 1.866, segundo párrafo. En el Código de Comercio, la facultad de retención se encuentra expresamente reconocida al comisionista sobre los efectos que se le remitieran en consignación (art. 276) y al capitán de buque sobre los efectos salvados (art. 868).

<sup>172</sup> Así, POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA, en *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008. A diferencia de las normas españolas, la Ley 5/2006, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña relativo a los derechos reales, configura el derecho de retención como un derecho real de garantía en cuya virtud, los

caso, conviene señalar que ningún precepto recoge este derecho en los contratos de agencia, franquicia y distribución. Este dato unido a las reticencias expresadas por la doctrina para aplicar análogicamente la facultad de retención contemplada casuísticamente en el Código Civil o en el Código de Comercio a otros supuestos no previstos impide apreciar la compatibilidad del IV.E.-2:401 DCFR con el ordenamiento jurídico español. No obstante lo anterior, alguna resolución judicial<sup>173</sup> ha aplicado análogicamente lo dispuesto en el artículo 276 del Código de Comercio, que reconoce un derecho de retención al comisionista sobre las mercancías o efectos que estén en su poder para asegurar los créditos que ostente frente al comitente por su derecho a percibir la comisión y a que se le abonen los gastos y desembolsos efectuados, al contrato de agencia comercial.

### VIII.3. La formalización del contrato de distribución

#### *IV.E.-2:402: Signed document available on request*<sup>174</sup>

*(1) Each party is entitled to receive from the other, on request, a signed statement in textual form on a durable medium setting out the terms of the contract.*

*(2) The parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.*

El artículo IV.E.-2:402 otorga a cada una de las partes el derecho irrenunciable<sup>175</sup> a obtener la formalización escrita (y firmada) del contrato. La regla descrita no deroga el principio general de libertad de forma por lo que las declaraciones de voluntad de las partes que expresan el consentimiento contractual pueden exteriorizarse por cualquier medio ya sea expreso o tácito. Dicho de otro modo, el contrato de distribución no está sujeto a ningún requisito de forma para determinar la validez, la eficacia o la existencia de las declaraciones de voluntad contractuales<sup>176</sup>. Pero si bien la forma es indiferente para el nacimiento de estos contratos no lo es a efectos prácticos. En efecto, el contrato de distribución es un acuerdo que regula las relaciones obligatorias entre las partes normalmente

---

poseedores de buena fe de un bien, mueble o inmueble, pueden retener su posesión en garantía del pago de las deudas hasta su total resarcimiento. De conformidad con el artículo 569.4, las obligaciones que pueden originar el derecho de retención son el resarcimiento de los gastos necesarios y útiles, el resarcimiento de los daños producidos por razón de la cosa a su poseedor, la retribución de la actividad realizada cuando se cumplan determinados requisitos (diferentes según se trate de muebles o inmuebles), los intereses de las obligaciones y cualquier otra deuda a la que la ley otorgue expresamente tal garantía.

<sup>173</sup> SAP de Barcelona (Sección 13.ª) de 1 de marzo de 2005 (JUR 2005\117408). La sentencia de la Audiencia confirma la de instancia que considera que el demandado (un agente que retuvo diversos cheques y pagarés de clientes) ejerció legítimamente el derecho de retención ex artículo 276 del Código de Comercio, ante el impago de las comisiones a que tenía derecho, hallándose depositados en el proceso correspondiente a resultas del cobro de las comisiones.

<sup>174</sup> IV.E.-2:402: Documento firmado previa solicitud. (1) Cada una de las partes tiene derecho a obtener de la otra, previa petición, una declaración firmada en forma textual en un soporte duradero en el que se fijen las condiciones del contrato. (2) Las partes no podrán excluir la aplicación de este artículo o dejar de aplicar o modificar sus efectos.

<sup>175</sup> Ello significa que han de reputarse nulos cualquier pacto que excluya o limite el citado derecho.

<sup>176</sup> El segundo párrafo del artículo 13 de la Directiva deja abierta la posibilidad a que cualquier Estado «pueda disponer que un contrato de agencia solo sea válido si se hace constar por escrito».

durante un periodo prolongado de tiempo, de ahí la conveniencia de disponer de un documento firmado <sup>177</sup> que permita la fijación objetiva de la reglamentación negocial (las condiciones del contrato) y, adicionalmente, la preconstitución de un medio de prueba ya que en caso de incumplimiento de lo acordado y subsiguiente pleito será sumamente difícil acreditar ante un tribunal no ya el tenor de una determinada cláusula sino la propia existencia de un contrato verbal. En este sentido, podría decirse que «la declaración firmada en forma textual en un soporte duradero» <sup>178</sup> a que pueden compelerse recíprocamente las partes opera *ad utilitatem* para facilitar la prueba de las obligaciones. Aunque el derecho a exigir la formalización del contrato surge con la conclusión del contrato, cada una de las partes puede solicitarlo desde este momento, durante la vigencia del mismo e incluso con posterioridad a su terminación puesto que aquel no se extingue automáticamente sino que se mantiene latente hasta el desarrollo final de los vínculos derivados del contrato (indemnización por el fondo de comercio, daños y perjuicios por notificación insuficiente, etc.). En cualquier caso, es claro que cada modificación contractual implica la renovación del derecho a la formalización siquiera parcial, esto es, documentando las modificaciones introducidas.

Con relación al contrato de distribución no existe ningún precepto similar al previsto en el DCFR. En la práctica comercial, el Informe revela que la mayoría de las relaciones jurídicas de distribución se formalizan por escrito excepto en el sector de la construcción y en el de la prensa escrita. Esta circunstancia es valorada negativamente por los distribuidores indicando que: «La ausencia de formalización escrita de los contratos favorece que la parte más fuerte de la relación, los proveedores, impongan condiciones unilateralmente y lleven a cabo prácticas en sus relaciones comerciales con los distribuidores que suponen un abuso de su superior posición contractual». Las propuestas que finalmente recoge el Informe señalan que, en el caso de aprobarse una normativa específica sobre los contratos de distribución, sería conveniente que garantizase la formalización del contrato por escrito <sup>179</sup>. En la línea descrita, el Título Segundo (arts. 5 a 9) de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución, que se refiere a la conclusión del contrato, se ocupa, en primer lugar, de la formalización del mismo (art. 5) cuya forma escrita no se impone, pero se fomenta al vincular a ella importantes efectos en materia probatoria <sup>180</sup>. Esta Propuesta es, por tanto, compatible con lo previsto en el DCFR.

## IX. A MODO DE CONCLUSIÓN

Partiendo de la afinidad entre los principios inspiradores del DCFR y las líneas directrices señaladas por el «Informe sobre la problemática de los contratos de distribución», hemos intentado

<sup>177</sup> El concepto de firma y otras expresiones similares se encuentra en el I.-1:107 DCFR.

<sup>178</sup> *Vid.* artículo I.-1:106 (2) DCFR sobre el significado de forma textual y soporte duradero.

<sup>179</sup> Traducción propuesta: *vid.* artículo 5. Formalización por escrito. «1. Cualquiera de los contratantes podrá 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».

<sup>180</sup> *Vid.* artículo 5.2: «Sin perjuicio de otras consecuencias derivadas del incumplimiento de ese requerimiento, recaerá sobre el contratante o los contratantes que no accedan a la formalización del contrato por escrito la carga de probar que su contenido difiere de lo dispuesto en esta ley».

argumentar que las reglas sobre los contratos de distribución previstas en el DCFR no solo son compatibles con nuestro derecho (español) sino que, además, contribuyen a dar respuesta a una buena parte de los problemas identificados por el Informe que afectan al régimen jurídico de estos contratos. Por estas razones, recomendamos su consideración por el legislador español a la hora de formular una propuesta de regulación de los contratos de distribución.