



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

## Las causas de extinción de los contratos de distribución comercial

María-Cruz Lascorz Collada

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

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

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



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

---

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia  
Política de Investigación: Derecho Mercantil

# **LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL**

Director: Dr. Daniel Vázquez Albert

Tutor: Dr. Daniel Vázquez Albert

MARÍA-CRUZ LASCORZ COLLADA

BARCELONA, 2022



*A mis padres, por su ejemplo, confianza e inestimable apoyo; y a mis hijos Gonzalo y Ana, nacidos durante el periodo de realización de esta tesis (2019 y 2021), por su permanente alegría y motivación.*



## AGRADECIMIENTOS:

Quisiera agradecer, en primer lugar, la confianza que el Dr. Daniel Vázquez Albert ha depositado en mí desde el primer momento en el que acudí para la elaboración de este proyecto, poco después de haber coincidido en algunos Congresos Internacionales de Derecho mercantil en Valencia y Barcelona. De forma muy especial, le agradezco el tiempo y la implicación que ha tenido durante el proceso de elaboración del trabajo, así como sus valiosas aportaciones que tanto han contribuido a la elaboración y resultado del trabajo final. Sin duda, el Dr. Vázquez Albert es para mí un vivo ejemplo de orden, rigor y de compromiso en la tarea de la investigación jurídica que siempre tendré presente.

Asimismo, mi agradecimiento va también para la *Squire Law Library de Cambridge University* como a la *Faculté de Droit en Sciences Sociales de l'Université Toulouse I Capitole* por su excelente acogida durante las estancias de investigación realizadas, (en Toulouse con Beca Erasmus para doctorandos) y por la visión internacional que me proporcionaron sobre la materia objeto de investigación. En ambos Centros, tuve la ocasión de compartir criterios con el Doctor John Bell (en *Cambridge University*) y con el Doctor Monsieur Philippe Le Tourneau (Catedrático Emérito) y la Doctora Madame Alexandra Mendoza-Caminade (*Université Toulouse I Capitole*) que, sin duda han enriquecido esta tesis.



## RESUM:

En el present treball de recerca s'examinen les causes de terminació de les relacions distributives. Els contractes de distribució resulten una peça fonamental per al funcionament del mercat i una eina clau de l'economia globalitzada al servei de les empreses en els negocis internacionals. Malgrat les propostes nacionals i internacionals de regulació d'aquests contractes, l'absència d'una normativa aplicable en l'àmbit de la distribució planteja un notable problema empresarial que manca de solucions jurídiques. S'analitzen sistemàticament els problemes que suscita l'extinció dels contractes de distribució, tant a la vista dels casos plantejats com de les solucions que s'ofereixen en la pràctica. En concret, s'estudien els supòsits motivats pel desistiment unilateral *ad nutum*, la resolució per incompliment del contracte, l'alteració sobrevinguda de circumstàncies o la incidència del *intuitu* en la conservació dels contractes. Tant en els ordenaments jurídics continentals com en els sistemes de l'òrbita del *Common Law*.

Confrontades les opcions ofertes pel Dret comparat, s'extreuen algunes solucions de sistemes proteccionistes pròpies del Dret anglosaxó, com el Dret estatunidenc o australià, o d'ordenaments semiproteccionistes amb la part feble del contracte com el Dret francès. Tot això amb la finalitat de valorar l'oportunitat d'adoptar una regulació que atengui de manera específica a les necessitats del sector de la distribució, sense prescindir d'una adequada tècnica jurídica amb les connexions oportunes amb el sistema jurídic en el seu conjunt. A més d'exposar les modulacions que experimenten en el sector distributiu alguns dels principis bàsics del Dret de contractes, la recerca conclou abordant un conjunt de propostes normatives i contractuals concretes que podrien contribuir a la reducció de la conflictivitat de les relacions distributives. I, per tant, a la disminució de la litigiositat entre aquestes, donades les característiques particulars d'aquests contractes duradors, relacionals i col·laboratius.

## RESUMEN:

En el presente trabajo de investigación se examinan las causas de terminación de las relaciones distributivas. Los contratos de distribución resultan una pieza fundamental para el funcionamiento del mercado y una herramienta clave de la economía globalizada

al servicio de las empresas en los negocios internacionales. A pesar de las propuestas nacionales e internacionales de regulación de estos contratos, la ausencia de una normativa aplicable en el ámbito de la distribución plantea notables problemas empresariales que carecen de soluciones jurídicas. Se analizan sistemáticamente los problemas que suscita la extinción de los contratos de distribución, tanto a la vista de los casos planteados como de las soluciones que se ofrecen en la práctica. En concreto, se estudian los supuestos motivados por el desistimiento unilateral *ad nutum*, la resolución por incumplimiento del contrato, la alteración sobrevenida de circunstancias o la incidencia del *intuitu* en la conservación de los contratos; tanto en los ordenamientos jurídicos continentales como en los sistemas de la órbita del *Common Law*.

Confrontadas las opciones ofrecidas por el Derecho comparado, se extraen algunas soluciones de sistemas proteccionistas propias del Derecho anglosajón, como el Derecho estadounidense o australiano, o de ordenamientos semiproteccionistas con la parte débil del contrato como el Derecho francés. Todo ello con la finalidad de valorar la oportunidad de adoptar una regulación que atienda de manera específica a las necesidades del sector de la distribución, sin prescindir de una adecuada técnica jurídica con las conexiones oportunas con el sistema jurídico en su conjunto. Además de exponer las modulaciones que experimentan en el sector distributivo algunos de los principios básicos del Derecho de contratos, la investigación concluye abordando un conjunto de propuestas normativas y contractuales concretas que podrían contribuir a la reducción de la conflictividad de las relaciones distributivas. Y, por ende, a la disminución de la litigiosidad entre las mismas, dadas las características particulares de estos contratos duraderos, relacionales y colaborativos.

#### **ABSTRACT:**

*This research paper examines the causes of termination of distribution relationships. Distribution contracts are a fundamental part of the functioning of the market and a key tool of the globalised economy at the service of companies in international business. Despite national and international proposals for the regulation of these contracts, the absence of applicable regulations in the field of distribution points out significant business problems and there is a lack of legal solutions. This work analyses, specifically, the cases of termination of distribution contracts caused by unilateral termination-at will,*

*termination due to breach of contract, the supervening alteration of circumstances or the incidence of intuitu in the preservation of distribution relationships. All those causes of termination have been studied both in continental European legal systems and in Common Law systems.*

*Compared with the options offered by comparative law, some solutions are drawn from protectionist systems typical of Anglo-Saxon law, such as American or Australian law, or from semi-protectionist systems with the weaker party to the contract, such as French law. All of this with the aim of assessing the opportunity of adopting a regulation that specifically meets the needs of the distribution sector, without disregarding an adequate legal technique with the appropriate connections with the legal system. In addition to exposing the modulations that some of the basic principles of contract law are undergoing in the distribution sector, the research concludes by addressing a set of specific regulatory and contractual proposals that could contribute to the reduction of conflict in distribution relations. And, therefore, the litigiousness between the parties, considering the characteristics of those long-term agreements, relational and collaborative contracts.*

# ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS:.....	5
RESUM:.....	7
RESUMEN:.....	7
ABSTRACT .....	8
ÍNDICE.....	10
TABLA DE ABREVIATURAS.....	15
INTRODUCCIÓN .....	18
PARTE I: APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN.....	24
<b>Capítulo 1. Los contratos de distribución: ¿Existe el Derecho de la distribución? .....</b>	<b>29</b>
I.  Concepto de contrato de distribución .....	29
1.  Concepto contratos de distribución <i>lato sensu</i> .....	29
2.  Concepto contratos de distribución <i>stricto sensu</i> .....	31
2.1.  Contratos de distribución en exclusiva: .....	34
2.2.  Contratos de distribución autorizada y selectiva .....	44
2.3.  Contratos de distribución franquicia.....	53
II.  El contrato de agencia: similitudes y diferencias con el contrato de distribución .....	60
<b>Capítulo 2. Panorama normativo sobre los contratos de distribución comercial .....</b>	<b>68</b>
I.  Visión internacional de los contratos de distribución.....	68
1.1.  Estudio comparativo de los Principios <i>UNIDROIT (1994)</i> y la Convención de Viena (sobre compraventa internacional de mercaderías 1980).....	70
2.  Derecho europeo de contratos: .....	73
2.1.  Principios PECL ( <i>Principles of European Contract Law, 2000</i> ).....	73
2.2.  Marco común de referencia (2008) .....	76
II.  Panorámica comparada en los contratos de distribución.....	79
1.  Derecho anglosajón: una visión comparativa de los contratos de distribución en el <i>Common Law</i> .....	80
1.1.  Derecho inglés:.....	82
1.2.  Acerca del Derecho estadounidense.....	88
1.3.  Mirada comparativa sobre las causas de extinción de los contratos de distribución entre los ordenamientos jurídicos del <i>Common Law</i> .....	91
2.  Derecho continental:.....	103
1.  Breve mención al Derecho belga.....	104
2.  Derecho francés .....	108

3. Derecho italiano .....	116
III.    Propuestas nacionales de regulación de los contratos de distribución en el ordenamiento jurídico español:.....	123
IV.    Atipicidad de los contratos de distribución.....	129
1.    Criterios de aplicación analógica de la LCA a los contratos de distribución .....	130
2.    El principio de buena fe como elemento integrador .....	136
<b>PARTE II: CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO.....</b>	<b>143</b>
<b>Capítulo 1: DESISTIMIENTO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN .....</b>	<b>147</b>
I.    Introducción al desistimiento.....	147
II.    Concepto de desistimiento unilateral .....	149
1.    Concepto legal:.....	149
2.    Concepto jurisprudencial: .....	151
3.    Concepto doctrinal:.....	156
III.    Fundamentos del desistimiento unilateral .....	160
IV.    Requisitos del desistimiento unilateral.....	166
1.    Requisitos del desistimiento como causa de extinción contractual en general .....	167
1.1.    Que se trate de un acto unilateral de carácter recepticio .....	167
1.2.    Que no exista necesidad de alegar justa causa.....	169
1.3.    Que sea un contrato de tracto sucesivo con duración indefinida .....	171
2.    Requisitos del desistimiento como causa de extinción en los contratos de distribución .....	176
2.1.    Relaciones contractuales indefinidas o de larga duración.....	177
2.2.    Relaciones obligatorias duraderas o de tracto sucesivo .....	178
2.3.    Contratos basados en relaciones jurídicas de confianza o <i>intuitu personae</i> .....	179
2.4.    Contratos con pacto de exclusiva.....	182
V.    Posibles supuestos de desistimiento en los contratos de distribución .....	183
1.    Si el desistimiento <i>ad nutum</i> está previsto en el contrato .....	186
2.    ¿Y si las partes tratan de desvirtuar las cláusulas de terminación <i>ad nutum</i> ? .....	204
3.    Si el Desistimiento no está previsto en el contrato, ¿es posible aplicar la terminación <i>ad nutum</i> mediante cláusulas implícitas? .....	206
3.1.    La doctrina de buena fe como principio integrador: ¿existe el deber implícito de respetar el preaviso?.....	208
3.2.    La determinación del preaviso si el desistimiento no está previsto en el contrato... ..	210

**Capítulo 2. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO como causa de extinción de los contratos de distribución ..... 215**

I.	Introducción a la resolución por incumplimiento.....	215
II.	Concepto de incumplimiento.....	218
1.	Concepto legal.....	218
2.	Concepto jurisprudencial.....	219
3.	Concepto doctrinal.....	220
4.	Reflexiones globales acerca del concepto de incumplimiento.....	221
III.	Fundamentos de la resolución por incumplimiento.....	224
IV.	Requisitos de la resolución por incumplimiento.....	231
1.	Que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas.....	233
2.	Que el deudor haya incurrido en un incumplimiento grave y reiterado.....	234
3.	Que la parte perjudicada o acreedora haya cumplido con la obligación requerida.	246
V.	Supuestos de incumplimiento.....	249
1.	Previsión de supuestos del pacto resolutorio en el contrato:.....	250
1.1.	Cláusulas expresas.....	253
a)	Limitaciones de las cláusulas previstas.....	256
b)	La introducción de cláusulas penales en los pactos resolutorios.....	264
1.2.	Cláusulas implícitas.....	268
1.3.	Cláusulas resolutorias expresas e implícitas en el Derecho comparado.....	269
2.	Modalidades de supuestos de incumplimiento en los contratos de distribución.....	272
2.1.	Incumplimiento de la entrega de mercancías.....	275
2.2.	Incumplimiento por impago de los productos.....	281
2.3.	Incumplimiento de las obligaciones relativas a los objetivos comerciales.....	284
2.4.	Incumplimiento del Pacto de Exclusiva.....	293
2.5.	Incumplimiento de la obligación de duración del contrato y vulneración del preaviso.....	302
2.6.	Incumplimiento del contrato por deterioro de la imagen de marca.....	313
2.7.	Otros posibles supuestos de incumplimiento:.....	324

**Capítulo 3. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS POR CAUSAS DE DURACIÓN:..... 329**

I.	Concepto y fundamentos de la duración de los contratos de distribución.....	329
II.	Requisitos en la duración de los contratos de distribución:.....	330
1.	Límites a la autonomía de la voluntad de las partes en las relaciones distributivas....	330
1.1.	Obligación de información precontractual.....	331

1.2.	¿Duración mínima de los contratos de distribución? .....	333
1.3.	¿Duración máxima de los contratos de distribución? Prohibición de las relaciones contractuales perpetuas o <i>sine die</i> . .....	335
III.	Casuística de la duración en los contratos de distribución .....	337
1.	Régimen contractual .....	337
1.1.	Contratos de duración determinada .....	337
1.2.	Contratos de duración indefinida.....	342
2.	Régimen supletorio .....	346
3.	La duración de los contratos de distribución comercial y el Derecho de competencia: De los acuerdos verticales y prácticas concertadas en los contratos de distribución en exclusiva a las cláusulas de competencia posterior a la extinción de los contratos.....	346
<b>Capítulo 4. ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE CIRCUNSTANCIAS: como causa de extinción de los contratos de distribución .....</b>		<b>350</b>
I.	Antecedentes .....	350
II.	Concepto de la alteración sobrevenida de circunstancias:.....	354
III.	Requisitos de la alteración sobrevenida de circunstancias como causa de extinción de los contratos de distribución según los supuestos siguientes: .....	356
1.	El cambio de titularidad de los contratantes: .....	357
2.	Objeto del contrato de distribución.....	360
3.	Principio de interés común en los contratos de colaboración.....	361
4.	Contratos duraderos y de tracto sucesivo .....	365
IV.	Fundamentos jurídicos ante los distintos supuestos del cambio sobrevenido de circunstancias en los contratos de distribución .....	<b>374</b>
1.	Previsión legal de la modificación sobrevenida de circunstancias.....	375
2.	Previsión o modificación expresa de una cláusula de revisión en el contrato .....	382
2.1.	Cláusulas de excesiva onerosidad (cláusulas <i>hardship</i> ) .....	385
2.2.	Cláusulas de fuerza mayor .....	401
2.3.	Cláusulas de frustración del contrato en el Common Law.....	410
3.	Ante la falta de previsión expresa en el contrato de cláusulas de estabilización:....	413
3.1.	¿Puede una parte exigir la renegociación del contrato una vez sobrevenido el cambio no previsto?.....	413
3.2.	¿Qué remedios podrá aplicar el Juez si hay conflicto? .....	417
<b>Capítulo 5. LA INCIDENCIA DEL INTUITU EN LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN .....</b>		<b>430</b>
I.	Antecedentes del <i>intuitu personae</i> en los contratos de colaboración .....	430
II.	Concepto y fundamento del <i>intuitu personae</i> en los contratos de colaboración.....	431

IV.	Requisitos del <i>intuitu</i> en los contratos de distribución como causa de extinción....	435
1.	Previsión del <i>intuitu</i> en las cláusulas del contrato.....	439
1.1.	Cláusulas expresas.....	440
1.2.	Régimen supletorio .....	440
2.	Modalidades del <i>intuitu personae</i> en los contratos de distribución .....	442
2.1.	Muerte o declaración de fallecimiento .....	444
2.2.	Declaración concursal .....	451
a)	El TRLC en los contratos de distribución .....	452
b)	La LCA en la declaración concursal de los contratos de distribución .....	456
c)	La declaración concursal como causa de extinción del contrato e <i>intuitu personae</i> ....	458
2.3.	De la modificación judicial de la capacidad a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica (Ley 8/2021, de 2 junio).....	460
2.4.	Cesión de negocio .....	470
	<b>CONCLUSIONES:</b> .....	<b>476</b>
	<b>JURISPRUDENCIA UTILIZADA</b> .....	<b>502</b>
	<b>TEXTOS NORMATIVOS CONSULTADOS:</b> .....	<b>516</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA:</b> .....	<b>520</b>
	<b>WEBGRAFÍA:</b> .....	<b>537</b>

## TABLA DE ABREVIATURAS

- ADC:** *Anuario de Derecho Civil*
- AFD:** *Anuario de Filosofía del Derecho*
- AGNU:** Asamblea General de Naciones Unidas
- APLCD:** Anteproyecto de ley de contratos de distribución
- APDC:** Asociación de profesores de Derecho civil
- BGB:** Código Civil alemán
- BOE:** Boletín Oficial del Estado
- CC:** Código Civil
- CCC:** Código Civil Catalán
- CCI:** Cámara de Comercio Internacional
- CCom.:** Código de Comercio español
- C.Com.:** Código de Comercio francés
- CDFA:** Código de Derecho Foral de Aragón
- CE:** Comisión Europea
- CESL:** Propuesta normativa común de compraventa europea
- CGC:** Comisión General de Codificación
- CGPJ:** Consejo General del Poder Judicial
- CIF:** *Cost Insurance and Freight*
- Coord.:** Coordinador/a
- Cour. Cass.:** *Cour de Cassation* (Corte de Casación francesa).
- CV:** Convención de Viena (compraventa internacional mercaderías)
- DCFR:** Marco común de referencia (siglas en inglés).
- Dir.(s):** Director (es)
- DIP:** *Document d'information precontractuel* (en francés)

- DOUE:** Diario Oficial de la Unión Europea
- EEMM:** Estados Miembros
- ET:** Estatuto de los Trabajadores
- FOB:** *Free on Board.*
- LAPCD:** Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo a las personas con discapacidad.
- LAR:** Ley 49/2003, de 26 de noviembre de Arrendamientos Rústicos
- LC:** Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (derogada por TRLC)
- LCA:** Ley 12/1992, de 27 de mayo, del contrato de Agencia
- LCD:** Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal
- LCGC:** Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación
- LEC:** Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- LJV:** Ley 5/2015, de 2 de junio, de Jurisdicción Voluntaria
- LOCM:** Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista
- *Op. cit:* (Del latín: *opus citatum*), Obra citada
- **OUP:** Oxford University Press
- **pp.:** página(s)
- **PALCM:** Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (2018)
- **PECL:** Principios Derecho contractual europeo (siglas en inglés)
- **PLCD:** Proyecto de Ley de los contratos de Distribución (2011)
- **PCC:** Proyecto de Código Civil (2016)
- **PUAM:** *Presses Universitaires d'Aix-Marseille*
- **PCM:** Proyecto Código Mercantil (2013)
- **PMCC:** Propuesta de Modificación del Código Civil (2009)
- **PICC:** *Principles International Commercial Contracts.*
- **PU:** *Principios Unidroit*
- **RAV:** Reglamento de Acuerdos Verticales
- **RD:** Real Decreto Ley

- **RDM:** *Revista de Derecho Mercantil*
- **RDP:** *Revista de Derecho Privado*
- **S.A.:** Sociedad Anónima
- SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial
- STJUE:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- STS(S):** Sentencia (s) del Tribunal Supremo.
- TFUE:** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Lisboa)
- TJCE:** Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, TJUE).
- TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TRLC:** Texto Refundido de la Ley Concursal (Real Dec. Leg. 1/2020, de 5 de mayo).
- TRLGDCU:** Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
- TS:** Tribunal Supremo.
- UCC:** *Uniform Commercial Code*
- UCTA:** *Unfair Contract Trade Act*
- UE:** Unión Europea
- UNCITRAL:** Comisión Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)
- UMKC Law Review:** *University of Missouri Kansas City Law Review*
- UNSWLJ:** *University of South Wales Law Journal*
- UTCCR:** *Unfair Terms in consumer contracts regulations.*
- Vid:** Véase

## INTRODUCCIÓN

El aumento de los aspectos problemáticos en el ámbito de la distribución se concentra en la terminación de la relación contractual entre las partes. De este modo, la extinción de los contratos distributivos se ha convertido en una de las cuestiones que más interés jurídico despierta, tanto por su volumen como por su contenido. De hecho, es en la finalización de los contratos donde culmina el dinamismo de la actividad y donde converge el mayor número de conflictos entre las partes. El presente trabajo de investigación nace con la intención de analizar los conjuntos de problemas que se suscitan en el momento de su extinción, planteando y profundizando en cada una de las causas de finalización de las relaciones distributivas.

Los pactos de distribución son atípicos, por lo que se rigen por lo acordado por las partes mediante acuerdos de adhesión -también denominados contratos marco- y por las normas de la teoría general de obligaciones y contratos. No es infrecuente que el poder de negociación de las partes en las relaciones distributivas sea asimétrico y que, con la salvedad de la cadena alimentaria, el distribuidor sea la parte débil del pacto que deba suscribir los términos previstos por el proveedor sin margen de revisión. Además de las cláusulas pactadas por las partes, también es habitual que el contenido de las relaciones distributivas se determine con la regulación de otros contratos parecidos o de la misma naturaleza jurídica que son de aplicación por analogía. De hecho, la carencia de una normativa reguladora de los contratos de distribución ha propiciado que la jurisprudencia resuelva muchos conflictos mediante la aplicación analógica de la Ley 12/1992, de 27 de mayo (en adelante, LCA), que regula el contrato de agencia. Aunque el Tribunal Supremo ya ha advertido en alguno de sus pronunciamientos -entre ellos, las SSTS de Pleno de 15 de enero de 2008 (RJ\2008\1393) y de 8 de octubre de 2013 (RJ\2013\8002)- que, como regla general, la aplicación analógica no es mimética ni debe operar de forma automática. Con todo, desde hace más de una década tanto el legislador como la doctrina han propuesto su regulación con el propósito de evitar resoluciones jurisprudenciales contradictorias y garantizar la seguridad jurídica entre las partes. Pero dichas propuestas nacionales -entre ellas, APCL (2006), PLCD (2011), PCM (2013), y la APCD (2016) y la PALCM (2018)- e internacionales como el Marco común de referencia (DCFR, 2007), no han entrado finalmente en vigor por la oposición de proveedores y fabricantes.

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal la realización de un análisis sistemático de los grupos de problemas que se generan en el momento de la extinción de los contratos de distribución comercial. Bajo esta denominación común quedan comprendidos todos aquellos pactos cuya causa o finalidad sea la de proporcionar bienes a los destinatarios últimos de los mismos, debiendo asumir las partes un riesgo en la comercialización de los bienes y productos. Se va a profundizar en el estudio de los motivos de la extinción de los contratos de distribución considerando los casos planteados en la realidad y las soluciones que se ofrecen en la práctica, en ausencia de una regulación expresa. Esto es, en las causas de terminación o finalización de las diferentes modalidades de los contratos de distribución en sentido estricto; que están integradas tanto los acuerdos de distribución con pacto de compra o venta en exclusiva, como los contratos de distribución selectiva, concesión mercantil y distribución franquicia.

La hipótesis de la investigación se centra en el alcance de las características de los contratos de distribución para la configuración de sus causas de terminación. Para la realización de este trabajo, la actividad metodológica se ha centrado en la adquisición del material bibliográfico relacionado con el tema objeto de investigación. Una vez obtenido y clasificado el material, se ha procedido, en segundo término, a su lectura y análisis. Para la investigación jurídica se ha llevado a cabo la combinación de dos actividades distintas:

-De un lado, se ha procedido a la realización de una investigación jurídica dogmática, mediante la técnica documental, basada en la búsqueda, análisis, crítica e interpretación de las normas jurídicas, de la doctrina nacional y de los materiales bibliográficos de Derecho comparado (en particular, del Derecho inglés, estadounidense, belga, francés e italiano, y de algunas pinceladas de otros ordenamientos de la órbita del *Common Law* como los Derechos australiano, sudafricano o neozelandés).

-De otro, se ha efectuado una investigación jurídica práctica mediante un estudio jurisprudencial para el que se han analizado más de tres centenares de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo durante los últimos tres lustros, además de otras resoluciones de Audiencias Provinciales tan significativas como Madrid o Barcelona.

Para el desarrollo de la presente investigación se ha dividido el trabajo en dos partes. La primera parte consta de dos capítulos. El primero de ellos se encarga de realizar un análisis detallado de la tipología de los contratos de distribución, del marco normativo y de la problemática empresarial. Máxime cuando la extinción de los contratos de distribución es de un problema empresarial que carece de una solución jurídico-normativa. Por su parte, el segundo aborda el panorama normativo de los contratos de distribución comercial a escala internacional, en el que destacan dos enfoques distintos:

- a) Se ha profundizado sobre la visión normativa internacional de los contratos de distribución, habida cuenta la interdependencia económica de los negocios internacionales mediante un fenómeno social y otro jurídico como es la globalización y el Derecho de redes. Se ha expuesto la actividad de Derecho Mercantil de Naciones Unidas (UNCITRAL), la labor del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI) y de los *Principios Unidroit*; cuyo alcance supone un texto articulado de naturaleza opcional (*soft law*) que trata de unificar los contratos internacionales. Igualmente, a escala comunitaria, se ha dedicado un epígrafe para el estudio de las propuestas armonizadoras del Derecho europeo de contratos y su influencia sobre los contratos de distribución. En particular, se cita la proposición académica de los Principios de Derecho Contractual Europeo, (en adelante, PECL), también conocida como los *Principios Lando*, y el estudio comparativo del Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR) que regula los contratos de agencia, distribución comercial y franquicia en la parte E del Libro IV DCFR.
- b) De otro, se ha dedicado un epígrafe al estudio del Derecho comparado relativo al *Common Law*, apreciando las diferencias existentes entre el Derecho estadounidense, cuna de los contratos de franquicia y el Derecho inglés. Además, se han extraído otras lecciones de Derecho continental, como es el caso del Derecho belga, único ordenamiento que regula la extinción de los contratos de distribución; del Derecho italiano, y el Derecho francés.

Con el objeto de analizar las similitudes, diferencias y soluciones que aportan estos Derechos a los grupos de problemas existentes que condicionan la extinción de los contratos de distribución, se han realizado distintas estancias de investigación tanto en el *Squire Law Library* de Cambridge como en *Institut Maurice Hauriou* de Toulouse.

La segunda parte de la tesis, que está compuesta por cinco capítulos, examina los diferentes grupos de problemas que acontecen cuando las partes celebran contratos de duración definida o de duración indeterminada hasta el punto de poner punto y final a las relaciones distributivas. En ambos casos, se ha averiguado cómo afecta el desistimiento unilateral *ad nutum*, la resolución por incumplimiento del contrato o la alteración sobrevinida de circunstancias en la extinción de los contratos de distribución.

El primer capítulo de la segunda parte de este trabajo profundiza en el desistimiento unilateral que es, después de la resolución por incumplimiento (a la que se ha dedicado el capítulo segundo de esta segunda parte), el motivo más frecuente en la terminación de las relaciones distributivas de duración indefinida sin necesidad de alegar justa causa. Para ello, se requiere la obligación de preavisar con antelación suficiente para la amortización de las inversiones realizadas; cuya notificación requiere de la buena fe, máxima que preside las relaciones contractuales distributivas.

El capítulo segundo versa sobre la resolución por incumplimiento, que resulta la causa más relevante de la terminación de los pactos en exclusiva. Su relevancia reside en la frecuencia con la que, en la práctica, una de las partes fomenta la existencia de un incumplimiento. La falta de cumplimiento viene forzada por el cabeza de red tanto en la redacción del contrato marco, que impone unos objetivos mínimos desorbitados al distribuidor o la parte débil del contrato, como en la ejecución de las prestaciones; cuya ausencia de realización puede derivar no sólo en la terminación del contrato sino también en el derecho por la parte perjudicada a la recepción de una compensación económica.

Por otra parte, considerando la importancia del tiempo en los contratos de distribución, se ha incluido un tercer capítulo en esta segunda parte de la tesis, dedicado a la duración de esta modalidad contractual, y, a la incidencia que ésta tiene sobre la terminación de las relaciones contractuales entre las partes. Aunque hayan sido estos pactados como acuerdos con duración a término o bien, de duración indefinida, supuestos en los que se permite el desistimiento *ad nutum* como causa de extinción unilateral del contrato.

Otro de los supuestos que está también relacionados con la falta de cumplimiento es el cambio sobrevinido de circunstancias que, motivado por un acontecimiento imprevisible

y no asumido en el contrato, puede romper el equilibrio de las prestaciones y derivar en un supuesto de extinción de los contratos. Este cuarto capítulo, que se había definido con anterioridad al inicio de la pandemia, ha adquirido un protagonismo evidente durante la crisis sanitaria y la era post-COVID. De hecho, resulta inevitable plantearse si, ante un cambio de circunstancias, debe prevalecer la subsistencia del contrato mediante la revisión de sus términos conforme a la doctrina *rebus sic stantibus*. O si, por el contrario, debe procederse a la revocabilidad de sus términos. Y, por consiguiente, a la terminación del contrato.

Por último, en el capítulo final se introducen las cuestiones relativas a la extinción de los contratos de distribución como consecuencia de la influencia del *intuitu personae* en los contratos de colaboración. Para ello, se ha procedido –al igual que en el resto de los capítulos- a la revisión del concepto y fundamento del *intuitu* y los supuestos de extinción motivados por la pérdida de confianza propia de los contratos *intuitu personae o instrumenti* que marcan las relaciones distributivas. En especial, se expone la declaración concursal, -además de la insolvencia inminente o probabilidad de insolvencia desde el Proyecto de Ley de reforma del TRLC, de enero 2022-, la necesidad de medidas de apoyo a la capacidad de las personas con discapacidad (considerando la Ley 8/2021 de 2 de junio) o el fallecimiento de una de las partes.

Finalmente, se pretende que la presente investigación represente una contribución al conocimiento sobre el tema; por lo que se realizará una valoración crítica del material doctrinal, legal y jurisprudencial en las Conclusiones generales. Asimismo, este trabajo aporta en las conclusiones referenciadas un conjunto de propuestas normativas y contractuales concretas que servirán como solución a la lista de problemas identificados en cada una de las causas de terminación estudiadas. Se espera que este trabajo de investigación pueda ser utilizado como punto de partida para futuras investigaciones sobre los aspectos abordados en su contenido e incluso, sobre aquellos elementos descartados del objeto de estudio, como son las consecuencias o efectos de la terminación de las relaciones distributivas.



## PARTE I: APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Los contratos de distribución se han convertido en una herramienta fundamental para el funcionamiento del mercado. Especialmente desde la globalización de la economía y su influencia en los negocios internacionales, mediante la comercialización de los bienes y servicios.

La distribución comercial es un sector empresarial dinámico, innovador y competitivo, con gran impacto en la economía; que consiste en un conjunto de técnicas y procedimientos dirigidos a hacer llegar un determinado producto o servicio desde la empresa proveedora hasta el consumidor final<sup>1</sup>.

El fenómeno jurídico de la distribución parte del concepto económico de la distribución<sup>2</sup>, que puede llevarse a cabo directa o indirectamente. En el primer supuesto, la distribución se realiza de forma disgregada por el proveedor mediante órganos propios, ya sea a través de sucursales o filiales, lo que se ubica en el Derecho de sociedades. O bien, mediante instrumentos ajenos, como sucede en los contratos de comisión, agencia<sup>3</sup> o corretaje. En el segundo supuesto, las técnicas de distribución indirectas comprenden intermediarios simples, que vienen a ser la compraventa mercantil o suministro, mientras que la distribución indirecta integrada supone la contratación mercantil atípica<sup>4</sup>. O lo que es lo mismo, la celebración de un contrato de concesión, distribución selectiva o franquicia.

---

<sup>1</sup> Para ampliar, LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pp. 29 y ss. Del mismo modo, ALONSO SOTO, R., “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Dir.), *Los contratos de distribución*, LA LEY, Madrid, 2010, p. 59.

<sup>2</sup> Por todos, CARBAJO CASCÓN, F., “Mercado, sistemas y contratos de distribución comercial”, en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho Contractual Europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.35.

<sup>3</sup> Es cuestión debatida el canal distribución que caracteriza al contrato de agencia. De hecho, según la casuística, puede tratarse de un sistema de distribución directa o indirecta. Por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se produce la contratación entre productor y cliente, el agente podría considerarse como un mero “brazo del fabricante”, por lo que el contrato de agencia resultará una modalidad contractual de distribución directa mediante medios ajenos. Por su parte, en aquellos supuestos en los que el agente independiente abra nuevos mercados y aporte nuevos clientes para el productor se estará ante un sistema de distribución indirecta. Así lo expone, y cuya opinión resulta compartible, CARBAJO CASCÓN, F., *Vid. supra.*, 2015, p. 36.

<sup>4</sup> Siguiendo a DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela de la distribución”, *RDM*, nº 177, 1985, pp. 424-5.

La primera parte del presente trabajo se centra en el estudio del último de los sistemas de distribución enunciados. Es decir, en la distribución indirecta integrada que, con la finalidad de proceder a la distribución de bienes y servicios entre el proveedor<sup>5</sup> y un conjunto de distribuidores previamente seleccionados e integrados por el cabeza de red, constituye una relación jurídica y económica estable, y de colaboración entre las partes. De hecho, los distribuidores se identifican bajo un signo distintivo de marca, toda vez que la integración económica en la red de distribución implica un mayor nivel de especialización del distribuidor que, actúa de enlace entre el proveedor y cliente<sup>6</sup>. Con todo, excepcionalmente, será objeto de análisis en este trabajo el contenido obligacional de otros contratos de distribución no integrada como son los contratos de agencia. Máxime cuando la regulación de estos pactos contribuye, en algunos supuestos, a la resolución de cuestiones litigiosas mediante su aplicación por analogía<sup>7</sup>.

La proliferación de todas las modalidades contractuales mencionadas ha llevado a la doctrina a plantearse si la concreción de este grupo de contratos se ha convertido en una categoría autónoma del Derecho privado, en general, y de los contratos de colaboración, en particular<sup>8</sup>. En este sentido, resulta prácticamente unánime que el sector de la distribución engloba a una serie de figuras contractuales con una identidad jurídica propia dentro los contratos de colaboración. Aunque el tratamiento jurídico unitario es asimismo compatible con la existencia de las singularidades propias de cada de las modalidades distributivas existentes<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> En este trabajo se parte de un concepto de proveedor en sentido amplio. Esto es, se puede equiparar al proveedor el fabricante de los productos, el cabeza de red o el prestador de servicios.

<sup>6</sup> Siguiendo a CARBAJO CASCÓN, F., “Mercado, sistemas y contratos de distribución comercial”, en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho Contractual Europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.38.

<sup>7</sup> El contrato de agencia está regulado en la Ley 12/1992 de 27 de mayo, (en adelante, LCA), que transfiere a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 86/653, relativa a la coordinación de la regulación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. En el artículo 1 LCA se define al agente comercial como “una persona natural o jurídica denominada agente que se obliga frente a otra de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena y en nombre ajenos como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”.

<sup>8</sup> En este sentido, y cuya opinión también comparto, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p.51. En la doctrina francesa tal situación ha sido puesta de manifiesto por LE TOURNEAU, Ph., *Les contrats de concession*, Litec, Lexisnexis, 2010, p.3; FERRIER, D. et FERRIER, N., *Droit de la distribution*, Lexis Nexis, 7è ed., Paris, 2014, pp.2-3.

<sup>9</sup> Es de la misma opinión, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *Op cit.*, 2007, p.52.

A día de hoy, a pesar de los esfuerzos del legislador, los contratos de distribución siguen siendo atípicos<sup>10</sup>. Aunque, como es sabido, se consideran pactos nominados debido a su importancia cuantitativa y cualitativa en el tráfico jurídico. Con todo, tanto el legislador -en sus diferentes propuestas de regulación- como la doctrina y la jurisprudencia, han contribuido a delimitar el concepto y los caracteres de los contratos de distribución, distinguiendo entre las modalidades contractuales *lato sensu* y *stricto sensu*.

Dicho lo anterior, las distintas propuestas de regulación de los contratos de distribución disponen que se trata de una serie de acuerdos que, independientemente de su denominación, tienen por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obliga frente a la otra, llamada proveedor, a realizar actos u operaciones de comercio consistentes en la venta de productos, prestación de servicios o la combinación de ambos, de manera continuada o estable actuando como empresario independiente y asumiendo riesgo y ventura de tales operaciones<sup>11</sup>. Esta es la definición contemplada tanto en el Proyecto de Ley de los Contratos de Distribución, (en adelante, PLCD) (2011) como en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (en adelante, PALCM)(2018)<sup>12</sup> que, a diferencia de la noción establecida en el art. 543-1 del Proyecto de Código Mercantil (en adelante, PCM) (2013), refleja el riesgo que debe asumir el distribuidor como empresario independiente. Otra versión diferente es la abordada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante, APCD) que ha sido incluida en la Propuesta de Código Civil (en adelante, PCC) (2016), y que está

---

<sup>10</sup> Con la salvedad de las normas en materia de defensa de la competencia que contienen disposiciones específicas para los contratos de distribución. Se abordará su contenido, pero no será el principal objeto de estudio de este trabajo. No obstante, durante los últimos quince años, tanto el legislador nacional e internacional como la doctrina han propuesto, entre otras, la regulación de los contratos de distribución. Destacan media docena de propuestas, que son: el Anteproyecto de Ley de los Contratos de Distribución, (APLCD, 2006), Proyecto de Ley de los Contratos de Distribución, (PLCD, 2011), Propuesta de Código Mercantil (PCM, 2013) y la Propuesta de Código Civil (PCC) elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2016) y la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (PALCM, 2018). A escala europea, destaca el Marco común de referencia (siglas en inglés, DCFR) de 2007 que trata de armonizar el Derecho europeo de contratos.

<sup>11</sup> Vid. art. 1 PLCD (2011) relativo al concepto y ámbito de aplicación, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Núm. 138-1, en fecha 29 de junio de 2011.

<sup>12</sup> En particular, el art. 545-1 PALCM (2018), relativo a la noción de los contratos de distribución dispone que se considera contrato de distribución -y cito textualmente- al acuerdo que *“cualquiera que sea su denominación, una de las partes, denominada distribuidor, que actúa como empresario independiente y asume el riesgo de las operaciones que realiza, se obliga a adquirir de otra, denominada proveedor, bienes o servicios para comercializarlos de manera duradera y estable”*.

inspirada tanto en el PLCD como en el Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR por sus siglas en inglés) para la armonización del Derecho europeo de contratos.

Más allá de las cuestiones terminológicas mencionadas, el presente trabajo tiene por objeto el estudio jurídico obligacional de los contratos de distribución, en general y el estudio de las causas de terminación, en particular. La importancia del tema escogido representa el agotamiento de las relaciones colaborativas entre las partes y es el momento más conflictivo entre ambas. Es más, la conflictividad suele traducirse en un alto nivel de litigiosidad entre los contratantes<sup>13</sup>. Y no es cuestión baladí, habida cuenta los importantes intereses económicos de la distribución en el mercado español<sup>14</sup>. Por lo que la finalización de acuerdo resulta ser materia de entidad suficiente como para ser objeto de una tesis doctoral.

Sin embargo, dicho lo anterior, no se han abordado en este trabajo los principales efectos patrimoniales que genera la finalización de estos contratos. Y que, pese a su importancia, podrían dar lugar a otra investigación posterior e independiente a ésta.

---

<sup>13</sup> Es de la misma opinión, VÁZQUEZ ALBERT, D., “El contrato de distribución exclusiva”, en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., (Dirs.), *Los contratos de distribución*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, p. 109.

<sup>14</sup> En el mercado español operan aproximadamente 850.000 empresas cuyo principal objeto social está constituido por la distribución, dentro de las que trabajan aproximadamente tres millones de empleados y representan el 27% del PIB español, lo que se traduce en 520.000 millones de €. LAZAR, A.G. en “Inseguridad Jurídica generada por la aplicación analógica de la compensación por clientela en los contratos de distribución”, *Revista Aranzadi Unión Europea n°4/2013*, Navarra, 2013, p. 59 y ss.



## Capítulo 1. Los contratos de distribución: ¿Existe el Derecho de la distribución?

**SUMARIO:** I. **Concepto de contrato de distribución.** 1. Concepto contrato de distribución *lato sensu*. 2. Concepto contrato de distribución en *stricto sensu*. 2.1. Contratos de distribución en exclusiva. 2.2. Contratos de distribución autorizada y selectiva. 2.3. Contratos de distribución franquicia. II. **El contrato de agencia: similitudes y diferencias con el contrato de distribución.**

### I. Concepto de contrato de distribución

#### 1. Concepto contratos de distribución *lato sensu*

Como es sabido, los sistemas de distribución pueden clasificarse con arreglo a distintos criterios entre los que destaca el grado de integración de los miembros de la red. En este sentido, tanto la doctrina como las propuestas de regulación de los contratos de distribución distinguen entre los pactos distributivos en sentido amplio o *lato sensu* y los acuerdos de distribución en sentido estricto o *stricto sensu*, entre los que se encuentra el sistema de distribución indirecta integrada.

No es cuestión debatida que los contratos de distribución en sentido amplio afectan a aquellas modalidades contractuales con cierto grado de concertación económica estable entre un proveedor y un distribuidor independiente, sin que resulte imprescindible la integración del distribuidor en la red del proveedor<sup>15</sup>. Por tal motivo, entre los contratos de distribución *lato sensu*, se incluye a las tipologías contractuales como el contrato de agencia<sup>16</sup>, comisión mercantil o suministro en la medida que los agentes, comisionistas y demás encargados de suministrar bienes y servicios no están, como tal, integrados en el canal del cabeza de red.

---

<sup>15</sup> Por todos, ALONSO SOTO, R., “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Dir.), *Los contratos de distribución*, LA LEY, Madrid, 2010, p. 60. Asimismo lo expone, CARBAJO CASCÓN, F., “Mercado, sistemas y contratos de distribución comercial”, en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho Contractual Europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.41.

<sup>16</sup> En los contratos de distribución, a diferencia del contrato de agencia, se opera la traslación del dominio de mercancías del proveedor al distribuidor, que procede a su reventa y comercialización. Por su parte, el contrato de agencia comercial queda excluido del concepto restrictiva de los contratos de distribución en la medida que tanto en el ámbito de la promoción como de la conclusión de contratos con terceros, el agente actúa siempre por cuenta ajena. Comparto esta opinión con MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p.52.

Asimismo, las diferentes propuestas de regulación de los contratos de distribución publicadas hasta la fecha corroboran implícitamente la clasificación mencionada, distinguiendo los contratos de distribución en sentido estricto de las modalidades contractuales en sentido amplio. De un lado, se enumeran los contratos de distribución en sentido estricto mediante las fórmulas contractuales sujetas al ámbito de aplicación de la ley<sup>17</sup>. Y, de otro, se excluye de tal regulación al resto de modalidades contractuales en sentido amplio<sup>18</sup>. Por tanto, el legislador renuncia así a incluir entre las modalidades en sentido estricto a cualquier fórmula contractual celebrada de acuerdo con consumidores o destinatarios finales. O bien, a aquellos ámbitos que cuentan con una normativa específica propia, como sucede, entre otros casos, en el contrato de agencia.

A lo largo del presente trabajo nos referiremos a los contratos de distribución en sentido estricto, con la salvedad del estudio de alguna de las disposiciones de la Ley 12/1992, de 27 de mayo (en adelante, LCA) ante posibles supuestos de aplicación analógica para los contratos de distribución. En definitiva, se examinarán de forma sistemática las causas de extinción de los contratos de distribución exclusiva y concesión mercantil, de distribución selectiva y de distribución franquicia; en la medida que son fórmulas contractuales que incorporan a la distribución condiciones impuestas por el cabeza de red<sup>19</sup>. Lo que reafirma las características del sistema de distribución indirecto integrado, también conocido como contratos de distribución en sentido estricto y provoca, a su vez, una pérdida de autonomía propia de los distribuidores<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> En la exposición de motivos de la PLCD (2011) advierte que el artículo 2 “*enumera las fórmulas contractuales más recurrentes, sin que, en ningún caso, y por las razones expuestas anteriormente, se trate de una lista taxativa, sino meramente informativa para los operadores sujetos al ámbito de aplicación de la Ley...*”.

<sup>18</sup> Así lo disponen los arts. 3 APLCD (2006), 3 PLDC (2011) y 543-3 PCM (2013) y 545-3 PALCM (2018) al referenciar las modalidades contractuales excluidas de la regulación de los contratos de distribución. En particular, el art. 3 PLCD (2011) en los que se excluye de los contratos de distribución el contrato de agencia comercial, los contratos de suministro o abastecimiento simple, los contratos de distribución que impliquen una vinculación laboral, los contratos de servicios de logística, transporte o almacenaje.

<sup>19</sup> Así lo exponen, DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribución”, *RDM*, nº 177, 1985, p. 426; PAZ-ARES, C., “La terminación de los contratos de distribución”, *RDM*, nº 223, 1997, p. 7 y ALONSO SOTO, R., “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Dir.), *Los contratos de distribución*, LA LEY, Madrid, 2010, pp. 61 y ss. Del mismo modo, CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), “Mercados, sistemas y contratos...”, en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho Contractual Europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.40.

<sup>20</sup> ALONSO SOTO, R., *Op.cit.*, 2010, p. 61.

## 2. Concepto contratos de distribución *stricto sensu*

Como se ha expuesto en el epígrafe anterior, son contratos de distribución en sentido estricto aquellas modalidades que responden a un sistema de distribución indirecta integrada, en los que un productor o fabricante conviene con el distribuidor la entrega de un bien o servicio para su reventa en una zona determinada<sup>21</sup>.

Los acuerdos de distribución en sentido estricto suelen ser contratos marco<sup>22</sup> que implican una asimetría negocial entre las partes. La falta de equilibrio en el poder de negociación entre los contratantes condiciona la formación del contrato<sup>23</sup>; toda vez que una parte propone el pacto y la otra lo suscribe sin margen de negociación. Tradicionalmente, se ha identificado al distribuidor con la parte débil del contrato, con aquella parte que debía acatar las cláusulas propuestas por el proveedor. A día de hoy, esta afirmación no es la única posible porque, de hecho, puede producirse justo la contraria<sup>24</sup>. Por tal motivo, la asimetría en el poder de negociación de las partes admite en los contratos de distribución en sentido estricto dos supuestos distintos, posibles y opuestos, que son los siguientes:

- a) En el primero de ellos, el proveedor propone al distribuidor un contrato tipo con un clausulado que defiende los intereses de la red y que incluye, entre otras posibles particularidades, un pacto de exclusividad de compra o venta, un área territorial, pactos de no competencia, el uso de signos distintivos o unos objetivos de venta mínima<sup>25</sup>. Esta modalidad contractual de adhesión<sup>26</sup> resulta una

---

<sup>21</sup> Siguiendo a CALAVIA MOLINERO, J.M., “El contrato de distribución exclusiva”, en VÁZQUEZ ALBERT, D., (Dir.), *Los contratos de distribución comercial, Novedades legislativas jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 69. Igualmente, CARBAJO CASCÓN, F., *Los contratos de distribución selectiva- Aspectos contractuales, concurrenciales y marcarios*, La LEY, Madrid, 2013, p. 206.

<sup>22</sup> Los contratos de distribución no dejan de ser pactos complejos diseñados por las partes. De este modo, sus disposiciones se organizan mediante un contrato marco en el que, generalmente, el cabeza de red propone la cláusulas del pacto y su contraparte debe suscribirla sin margen de negociación. La formación de un contrato marco en el sector de la distribución comercial como instrumento jurídico para las partes fue acuñado por primera vez en el Derecho francés por Jean-Marc Mousseron en 1975. Vid. DÍAS, C., *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Tome 2, PAUM, Aix-Marseille, 2014, contraportada.

<sup>23</sup> Siguiendo a VÁZQUEZ ALBERT, D., “El contrato de distribución exclusiva”, en RUIZ PERIS, J.I. y MARTI MIRAVALLS, J., *Contratos de distribución*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, p.109.

<sup>24</sup> En este sentido, VÁZQUEZ ALBERT, D., *Op. cit.*, 2018, p.109.

<sup>25</sup> Siguiendo a CARBAJO CASCÓN, F., *Op. cit.*, 2015, p.40.

<sup>26</sup> A los contratos de adhesión en la modalidad distributiva no le resulta aplicable la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Consumidores y Usuarios por falta de concurrencia del elemento subjetivo. Por lo que le resultará de aplicación la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación,

herramienta de útil penetración en los mercados al servicio de los proveedores; quienes, para preservar el control de la distribución de sus productos hasta el consumidor final, imponen formularios preestablecidos con dichas contraprestaciones a los distribuidores<sup>27</sup>. Lo que genera la disciplina de cooperación empresarial entre sus miembros y permite aumentar la eficiencia del sistema<sup>28</sup>. Por su parte, los distribuidores minoristas sufren una pérdida de autonomía que supone la cesión parcial de su capacidad de decisión a cambio de actuar conforme a las necesidades de la red. Y, en consecuencia, aumentan las probabilidades de sufrir algún tipo de abuso comercial por parte de los proveedores.

- b) En el segundo supuesto, por el contrario, son las grandes empresas de distribución quienes concentran un poder de negociación más amplio frente a los proveedores, que, con el objeto de comercializar productos de sus propias marcas, también llamadas marcas blancas, imponen un modelo de contrato tipo a los pequeños proveedores<sup>29</sup>. Esta afirmación resulta también extensible respecto a los productores de grandes marcas que quieren incrementar la comercialización de sus productos a través de grandes superficies de distribución minorista. Y, en consecuencia, el poder de negociación, en este supuesto, tiende al equilibrio entre las partes.

Una vez delimitado el planteamiento de los contratos marco de los contratos de distribución en sentido estricto, se va a profundizar en su contenido considerando las distintas figuras contractuales existentes. Para ello, se va a examinar la visión del legislador en las diferentes propuestas de regulación que, pese a los esfuerzos realizados, no se ha materializado un texto legislativo concreto. Una vez expuestas las propuestas legislativas, acudiremos a la posición doctrinal al respecto y, por último, se estudiarán en los pronunciamientos jurisprudenciales.

---

particularmente, el artículo 2, que dispone: “a los contratos que contengan condiciones generales entre un profesional –predisponente- y cualquier persona física o jurídica –adherente-”.

<sup>27</sup> Es de la misma opinión, RAMOS IBOS, T.M., “El marco legislativo comunitario de los contratos de colaboración comercial: agencia, distribución y franquicia”, en FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Contrato de Agencia, Distribución y franquicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2006, p. 31.

<sup>28</sup> Por todos, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Aspectos generales del contrato de distribución y distribución exclusiva”, en FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Contrato de Agencia, Distribución y franquicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2006, pp.132-133. Asimismo, ALONSO SOTO, R., *Op. cit.*, 2010, p. 61.

<sup>29</sup> VÁZQUEZ ALBERT, D., *Op. cit.*, 2018, p. 109.

Ciertamente, respecto las propuestas de regulación de nuestro ordenamiento jurídico y el proyecto europeo de armonización del Derecho de contratos existen evidentes diferencias sobre las modalidades que deberían incluirse en los contratos de distribución en sentido estricto. Destacan las apreciaciones siguientes:

- a) De un lado, en la armonización del Derecho europeo de contratos, el art. 1:101 DCFR (Libro IV, Parte E) establece las normas comunes para los contratos de agencia comercial, distribución –exclusiva y selectiva-, y franquicia. Aunque resultan evidentes las diferencias entre las citadas modalidades, la propuesta europea ha incluido el contrato de agencia en la regulación de las disposiciones comunes referentes a los deberes de información precontractual, la ejecución o contenido obligacional y la extinción del contrato de distribución y franquicia. Lo que implica un reconocimiento de los contratos de distribución en sentido más amplio.
- b) De otro, las propuestas de regulación de nuestro ordenamiento jurídico han optado por una categorización más restrictiva de las modalidades contractuales distributivas. Por lo que incluyen únicamente los contratos de distribución en sentido estricto<sup>30</sup>, con la salvedad de la PCC (2016) -elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante, APDC)- que introduce también el contrato de agencia en sus textos articulados. Tal diferencia resulta, cuando menos, llamativa, teniendo en cuenta dos cuestiones: la primera, la PCC (2016) está inspirada en el proyecto europeo de la armonización del Derecho de contratos (DCFR), y la segunda, el DCFR se trata de un trabajo de origen doctrinal al igual que sucede con la PCC<sup>31</sup>. Y, por consiguiente, su articulado no ha sido revisado por la Comisión General de Codificación (en adelante, CGC), que ha enfocado su

---

<sup>30</sup> El legislador español incluye los contratos de franquicia pero no de agencia comercial en los textos propuestos para regular los contratos de distribución en nuestro ordenamiento jurídico. Así lo expone, CARBAJO CASCÓN, F., “Mercados, sistemas y contratos de distribución comercial”, en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho Contractual Europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.40.

<sup>31</sup> De hecho, así lo expone la APDC en la Memoria explicativa de la PCC (2016) y el art. 5101-1 apdo. 5 letra e) del Título X, relativo a los contratos de distribución. Para ampliar sobre esta última información, ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil, Libro V y VI*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 255.

actividad hacia una visión circunscrita a los contratos de distribución en sentido estricto<sup>32</sup>.

Por su parte, aunque la jurisprudencia ha compartido la visión del DCFR en múltiples ocasiones, también parece haberse inclinado hacia un concepto de distribución en sentido estricto, tal y como se desprende del pronunciamiento siguiente en la STS, Sala 1ª, de 26 de abril de 2002, (RJ\2002\5244):

*“Son acuerdos de duración determinada o indeterminada mediante los cuales el contratante proveedor encarga al contratante revendedor la tarea de promover en un territorio determinado la distribución y el servicio de venta y postventa de determinados productos del sector mediante los cuales el proveedor, se compromete con el distribuidor a no suministrar dentro del territorio convenido los productos contractuales para su reventa, más que al distribuidor, o en su defecto, a un número limitado de empresas de la red de distribución”*<sup>33</sup>.

## 2.1. Contratos de distribución en exclusiva:

Dentro de las fórmulas contractuales posibles que ofrecen los contratos de distribución en sentido estricto, el acuerdo de distribución exclusiva conlleva un pacto expreso que genera la obligación de adquirir determinados bienes y productos en exclusiva, ya sea mediante la compra o la venta, o ambas posibilidades. Dicho lo anterior, en los contratos de distribución en exclusiva se admiten tres modalidades distintas que, como tal, han sido también contempladas por el legislador nacional en las diferentes propuestas de regulación de los contratos de distribución<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> El legislador español incluye los contratos de franquicia, pero no de agencia comercial en los textos propuestos para regular los contratos de distribución en nuestro ordenamiento jurídico. Así lo expone, CARBAJO CASCÓN, F, *Op. cit.*, Valencia, 2015, p.40.

<sup>33</sup> Vid. la STS, Sala 1ª, de 26 de abril de 2002 (RJ\2002\5244), que resume la jurisprudencia habida sobre la materia y se pronuncia sobre el concepto de los contratos de distribución. Asimismo, otra resolución anterior, la STS, Sala 1ª, de 8 de noviembre de 1999, sostiene que los contratos de distribución son acuerdos de colaboración entre un empresario, también llamado concedente y un distribuidor o concesionario que tiene por objeto la reventa o distribución de los productos de los productos de aquél por parte de éste y que, por lo general, incluye un pacto de exclusiva en virtud del cual el concesionario se compromete a no vender a nadie más en su zona y el empresario a no distribuir dentro del territorio del concesionario”.

<sup>34</sup> Así dispone art. 2 APLCD (2006), la Proposición de Ley (2008), el 2.a) y b) PLCD (2011), el art. 543-2 a) y b) PCM (2013) y el art. 545-2 PALCM (2018) respecto de la compra y venta en exclusiva, respectivamente.

- a) En primer lugar, destaca la compra en exclusiva por la que el distribuidor se obliga a adquirir sólo del proveedor, o de la persona que éste designe, los productos correspondientes para su posterior comercialización.
- b) En segundo término, en el contrato de venta en exclusiva el proveedor se compromete a enajenar sus productos únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada. A modo de ejemplo, destaca, entre otros pronunciamientos de nuestra jurisprudencia menor, la SAP de Barcelona, de 17 de septiembre de 2015, (JUR\2015\243829), referente a un contrato de distribución en exclusiva entre HITACHI (proveedor) e IMCAR (distribuidor), que pone de manifiesto el carácter de exclusividad cuando afecta particularmente al proveedor al pronunciarse:

*“El carácter de exclusividad, como se ha dicho (y no es controvertido) afectaba al fabricante, que se comprometía a distribuir en España sus productos exclusivamente a través de IMCAR; no así para IMCAR, que podía, y de hecho lo ha venido haciendo desde el inicio de la relación, distribuir y vender productos de otras marcas directamente competidores de los de HITACHI...”<sup>35</sup>”*

- c) Como última alternativa, resulta evidente la posibilidad de establecer contratos de distribución con exclusividades simultáneas de compra y venta, tanto para el proveedor como para el distribuidor respectivamente<sup>36</sup>. Mediante la celebración del presente contrato se genera la creación de una red de distribución fuertemente integrada<sup>37</sup> que se traduce en equilibrio de intereses para las partes y hace que el

---

<sup>35</sup> En este sentido, vid. Fundamento de Derecho Primero de la SAP de Barcelona, de 17 de septiembre de 2015, (JUR\2015\243829).

<sup>36</sup> Por todos, ALONSO SOTO, R., *Op.cit.*, 2010, p. 64.

<sup>37</sup> Siguiendo a GALÁN CORONA, E., “Los contratos de distribución. Ideas generales” en HERRERO GARCÍA, M.J. (Dir), *La contratación en el Sector de la Distribución comercial*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 29. El autor trae a colación el término “concesión” en vez de distribución, si bien, a nuestro entender, las diferencias entre ambas modalidades contractuales son, prácticamente, inexistentes al identificar el contrato de concesión con el pacto de exclusiva mixto que se acuerda en un contrato de distribución en exclusiva. Con todo, la doctrina no es unanime al respecto en la medida que algunos autores advierten de los matices diferenciadores entre el contrato de distribución exclusiva y de concesión, al considerar que, en el contrato de concesión, el pacto de exclusiva de naturaleza mixta debe referirse además a la obligación de venta. Con todo, ALONSO SOTO puntualiza sobre este extremo que, entre las principales modalidades contractuales “*hay que distinguir, por una parte, los tipos básicos que serían la compra o suministro en exclusiva, la venta o distribución exclusiva, como son la distribución exclusiva, la distribución selectiva y la franquicia, y por otra parte, los tipos complementarios como son la distribución autorizada o concesión mercantil, que pueden considerarse submodalidades de alguno de los anteriores y que, por lo tanto, se pueden subsumir en ellos*”. Es más, concluye el autor –cuya opinión también comparto– citando que el contrato de concesión comercial en la principal figura a través de la que

pacto de exclusiva resulte una fórmula de colaboración muy eficaz para las partes, dada su habitualidad en el tráfico jurídico<sup>38</sup>.

Una vez delimitadas las modalidades contractuales de distribución en exclusiva, se profundizará en la naturaleza *sui generis* del referido contrato considerando que, aunque comparte similitudes con otras figuras afines<sup>39</sup>, también son evidentes las diferencias existentes entre las mismas. Este es el caso, por ejemplo, de los contratos de compraventa, suministro y, en menor medida, comisión o agencia<sup>40</sup>.

- a) El contrato de compraventa y de distribución en exclusiva difieren tanto en la ejecución del contenido obligacional duradero de las relaciones distributivas como en la fijación de una cláusula de exclusiva, sea a favor de alguna de las partes o de ambas recíprocamente<sup>41</sup>. Dicho lo anterior, dichos caracteres condicionan los efectos patrimoniales de los contratantes<sup>42</sup> una vez terminada la

---

se articula jurídicamente la distribución exclusiva. ALONSO SOTO, R., “Tipología de los contratos de distribución comercial”, *Op.cit.*, Madrid, 2010, pp.64 y 66.

<sup>38</sup> Para la realización del presente trabajo de investigación se han analizado más de tres centenares de Sentencias relativas a la extinción de los contratos de distribución. De esa cantidad, más de las dos terceras partes versan sobre los problemas que se suscitan a la terminación de las relaciones distributivas que han celebrado un contrato de distribución en exclusiva.

<sup>39</sup> Los contratos de distribución en exclusiva, al igual que los acuerdos de suministro, comisión y agencia, son contratos de colaboración mercantil, onerosos, sinalagmáticos, e integrados por la confianza del *intuitu personae o instrumenti* entre las partes.

<sup>40</sup> Una vez analizados los contratos de distribución en sentido estricto (distribución exclusiva, distribución selectiva y franquicia de distribución), se dedicará un epígrafe exclusivo para el estudio de las principales diferencias y similitudes existentes entre el contrato de agencia y los contratos de distribución. Por todos,

<sup>41</sup> La cláusula de exclusiva entre las partes conlleva una obligación negativa de hacer consistente en no celebrar contratos con terceros semejantes al pactado en exclusiva. ALONSO SOTO, R., *Op. cit.*, Madrid, 2010, p. 64.

<sup>42</sup> Una vez extinguida la relación contractual, la modalidad contractual asumida por las partes para la comercialización de sus productos es importante en la medida que ésta afectará a los efectos patrimoniales derivados de la terminación del contrato. Este es el caso de la SAP de Madrid, de 5 de febrero de 2015, (JUR\2015\82626), en la que la apelante “*mantiene que la Sentencia de instancia incurre en error al considerarla una mera concatenación de contratos de compraventa, sin ver a su base una relación de contrato de distribución. En este aspecto, ...la afirmación de que efectivamente ha habido una relación contractual entre los litigantes no suficiente para corroborar que esa relación contractual fuera de distribución. Serían necesarios otros datos de hecho (“facta concludentia”) que reflejasen las condiciones esenciales de ese contrato (precios, descuentos, entregas, ámbito, dedicación, forma de pago, duración, preaviso...).* En este supuesto, la entidad Camino Roge, S.L., no consiguió probar, una vez extinguido el contrato, que la relación contractual era distributiva y en consecuencia, no pudo procederse a la aplicación analógica de la LCA, naturalmente más ventajosa para el contratante que se consideraba distribuidor con derecho a recibir la indemnización por clientela. En este sentido, vid. Fundamento de Derecho Tercero de la citada Sentencia que se pronuncia del modo siguiente: “*Se puede ver, por tanto, que a tenor de la doctrina jurisprudencial, la nota de confianza en el distribuidor, la actuación autónoma e independencia del distribuidor, la actuación del distribuidor dentro de la red del concedente, el compromiso del distribuidor de llevar a cabo la compra de productos del concedente para luego revenderlos, son notas características del contrato de distribución, que en el presente caso no se dan*”.

relación distributiva<sup>43</sup>. A modo de ejemplo, se pronuncia la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 18 de mayo de 2009, (RJ\2009\92337), que enumera entre las posibles diferencias de un contrato de compraventa y distribución los elementos siguientes. Tales divergencias, como indica la resolución venían marcadas por la sucesión indefinida de operaciones de compraventa de mercancías favorecida por las relaciones familiares de los directivos de las empresas contratantes; cuyas partes eran la entidad mercantil PASCUAL HERMANOS, S.L., contra Grupo LECHE PASCUAL, S.A.;

*“...los diferencia de una simple concatenación por tiempo indefinido de contratos de compraventa, 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, y ello, como bien indica la Audiencia, aún cuando no medie entre ambos empresarios un pacto de exclusiva, traduciéndose usualmente dicha superior dirección y supervisión del fabricante, productor o concedente en el establecimiento de cupos de venta y compra, sin perjuicio de otras manifestaciones”<sup>44</sup>.*

Con todo, la celebración de un contrato de distribución en exclusiva representa ventajas para las partes frente a la compraventa<sup>45</sup>: de un lado, el proveedor puede

---

<sup>43</sup> Son numerosos los litigios relativos a la extinción de los contratos de distribución en exclusiva que conoce la Sala Primera TS. No obstante, la calificación jurídica de un contrato de distribución exclusiva no dependerá de las declaraciones de voluntad de las partes sino del contenido obligacional pactado en el contrato. En lo que respecta a la terminación de los contratos de distribución, vid. Fundamento de Derecho Tercero de la SAP de Madrid, de 8 de julio de 2014, (JUR\2014\245728).

Por el contrario, es destacable la SAP de Madrid, de 12 de septiembre de 2014, (JUR\2014\2911784), referente a la terminación de un contrato de distribución entre las entidades Ogalco, S.L.U y Schering Plough, S.A., para la comercialización de productos de la unidad de negocio de ganadería (rumiantes y porcino), cuya proveedora remite anualmente a la distribuidora las condiciones comerciales de las unidades de negocio. Tal resolución advierte que el juzgado de instancia, una vez vista la posición de las partes y el objeto del proceso, argumenta sobre la interpretación de los contratos y con la valoración de la prueba practicada estima que este supuesto es un contrato de distribución que carece de pacto de exclusiva. Así lo expone el pronunciamiento en el Fundamento de Derecho Tercero, cuando cita: *“la empresa principal tenía otros distribuidores en el mismo territorio, y a la vez la distribuidora actora comercializaba productos de otros laboratorios, algunos competencia de la demandada, (por lo que ...) quedan sin contenido aquellos motivos del recurso que precisamente hacían supuesto de esta cuestión en la tesis de la parte que ha sido rechazada...”*.

<sup>44</sup> Vid. Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, de 18 de mayo de 2009, (RJ\2009\3176). Como se ha pronunciado el Alto Tribunal, la concatenación de contratos de compraventa venía marcado por una sucesión indefinida de operaciones de compraventa de mercancías favorecida por las relaciones familiares de los directivos de las empresas contratantes. Esto es, la entidad mercantil PASCUAL HERMANOS, S.L., contra Grupo LECHE PASCUAL, S.A.

<sup>45</sup> Existen algunos ejemplos en los que no resulta ventajosa la celebración de un contrato de distribución en exclusiva para la comercialización de sus productos. Incluso se dan litigios en los que los contratantes, una vez extinguida la relación contractual, discrepan respecto a la modalidad contractual elegida para la distribución de los bienes y servicios. Este es el caso de la SAP de Madrid, de 5 de febrero de 2015, (JUR\2015\82626), en la que la apelante *“mantiene que la Sentencia de instancia incurre en error al considerarla una mera concatenación de contratos de compraventa, sin ver a su base una relación de*

planificar mejor su producción; y, de otro, el distribuidor puede asegurar un abastecimiento regular de productos para su comercialización<sup>46</sup>.

No obstante, la calificación jurídica de un contrato de distribución exclusiva no dependerá de las declaraciones de voluntad de las partes y/o de la intención de los contratantes, sino que –conforme se pronuncia nuestra jurisprudencia menor, en particular, la SAP de Madrid, de 8 de julio de 2014, (JUR\2014\245728)- de acuerdo con lo reiterado por la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo: “*la calificación de una relación jurídica obligatoria entre partes ha de descansar, en el contenido obligaciones del negocios jurídico convenido por las mismas*<sup>47</sup>”.

- b) En segundo lugar, existen claras diferencias entre el contrato de suministro y el de compraventa habida cuenta el carácter instantáneo de la compraventa, que es un acuerdo de tracto único, frente a los efectos del contrato de suministro que, al tratarse de un acuerdo de tracto sucesivo<sup>48</sup>, se prolongan en el tiempo. No obstante, este matiz no resulta tan perceptible entre los contratos de suministro y

---

*contrato de distribución. En este aspecto, ...la afirmación de que efectivamente ha habido una relación contractual entre los litigantes no suficiente para corroborar que esa relación contractual fuera de distribución. Serían necesarios otros datos de hecho (“facta concludentia”) que reflejasen las condiciones esenciales de ese contrato (precios, descuentos, entregas, ámbito, dedicación, forma de pago, duración, preaviso...). En este supuesto, una vez extinguido el contrato, la entidad Camino Roge, S.L., no consiguió probar que la relación contractual era distributiva. Y, en consecuencia, no pudo procederse a la aplicación analógica de la LCA, naturalmente más ventajosa para el posible distribuidor en el caso e reconocer a esta parte la indemnización por clientela.*

<sup>46</sup> Destaca, a modo de ejemplo, el clausulado del contrato de distribución en exclusiva, relativo a la STS, Sala 1ª, de 27 de mayo de 2015, (RJ\2015\2485), relativo a la extinción de un contrato de distribución entre la entidad Schweppes S.A. y la entidad Distrrior, S.L., que establece: “*Tenia por objeto la concesión de la distribución mercantil y venta de los productos que fabricaba la demandada, percibiendo la actora a cambio de un margen comercial (estipulación 1ª), se designó un territorio concreto, estableciéndose exclusividad por ambas partes (estipulación 2ª); se viene a reconocer, y en definitiva a garantizar, que la actora contaba con una organización de ventas propia y con instalaciones medios y personal adecuado para cumplir y satisfacer las necesidades comerciales de la concedente, y en concreto para “tomar nota de los pedidos” que le pudiera facilitar, lo que a su vez implicaba una limitación de su libertad organizativa a la hora de programar su actividad profesional, al tener que estar capacitada para poder dar un servicio puntual y estar en condiciones de colmar las exigencias de aquella (estipulación 3ª); todo lo anterior se refuerza en la estipulación 4ª, al pactarse que el objeto del contrato es la distribución y venta de todos los productos que comercializaba Schweppes, no sólo mediante la entrega y facturación, que se podría ver ampliado o reducido con los productos o marcas con cuyas compañías concesionarias pudiera suscribir contratos la concedente y lo que afectaría directamente a la distribuidora; los productos eran directamente adquiridos por la actora de la concedente (estipulación 5ª)...”.*

<sup>47</sup> Para profundizar sobre este tema, Fundamento de Derecho Tercero de la SAP de Madrid, de 8 de julio de 2014 (JUR\2014\245728) referente a la terminación de los contratos de distribución.

<sup>48</sup> De la misma opinión, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *Op cit.*, 2007, p. 125.

de distribución exclusiva puesto que ambos contratos son dos acuerdos duraderos. Con todo, el contrato de distribución en exclusiva entraña un contenido obligacional singular y complejo, más propio de un contrato mixto y del Derecho de redes<sup>49</sup> que no se aplica en el contrato de suministro. En otras palabras, en los contratos de distribución integrada, como sucede con los contratos de distribución en exclusiva, el distribuidor deberá actuar conforme a las directrices y necesidades del cabeza de red, independientemente que éstas sean coincidentes con la demanda de los suministrados<sup>50</sup>.

- c) Para concluir, parecen obvias las distinciones existentes entre el contrato de comisión mercantil y distribución en exclusiva, que se concretan en dos cuestiones: el carácter duradero de los contratos de distribución exclusiva y la integración de los distribuidores en el canal de distribución del cabeza de red, para el que actúan en nombre propio, pero bajo sus directrices. De este modo, en cuanto al contrato de comisión, conocido como mandato mercantil es, al igual que la compraventa, un pacto de ejecución instantánea o tracto único; mientras que los contratos de distribución son acuerdos de tracto sucesivo que se prolongan en el tiempo. Y, en segundo término, los comisionistas actúan en intermediación por cuenta ajena, ya sea mediante representación directa o indirecta, a diferencia de los distribuidores que actúan en el tráfico jurídico en nombre propio y asumiendo un riesgo para la comercialización de los productos del proveedor. Por último, no es cuestión baladí destacar que, como es sabido, el contrato de comisión mercantil está regulado en el Código mercantil. Lo que supone una gran diferencia frente a los contratos de distribución que, pese a las propuestas de regulación y de alguna normativa vigente en Derecho de la competencia, siguen siendo atípicos.

Abordado el análisis de figuras jurídicas afines a los contratos de distribución, se va a profundizar en el alcance del contenido obligacional que genera el pacto de exclusiva para las partes contratantes, considerando las particularidades del contrato marco.

---

<sup>49</sup> Siguiendo a RUIZ PERIS, se entiende por red empresarial “*al conjunto de empresarios jurídicamente independientes como consecuencia de compartir la explotación de un bien jurídico, signos distintivos, tecnología, modelo de empresa, productos que se distribuyen, o servicios que se prestan*”. Véase, RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, en RUIZ PERIS, J.I., *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Editorial lo Blanch, Valencia, 2009, p. 9.

<sup>50</sup> Para profundizar al respecto, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *Op. cit.*, 2007, pp. 125-126.

Los contratos marco de distribución con pacto de exclusiva se han convertido en “*acuerdos socialmente típicos y legalmente atípicos desde la perspectiva del Derecho privado material de los contratos*”<sup>51</sup>. Con todo, pese a la atipicidad de los contratos de distribución, el contenido del pacto de exclusiva incluido en un contrato marco se ha visto influenciado tanto por las especificidades fijadas por el cabeza de red<sup>52</sup> como por la proliferación de textos de regulación indirecta en el seno del Derecho *antitrust*. Ambas cuestiones han supuesto, sin duda, una limitación al principio de autonomía de la voluntad dispuesto en el art. 1255 del Código Civil (en adelante, CC) que han convertido al contrato de distribución con pacto de exclusiva en un contrato mixto cuyo contenido obligacional es complejo.

- a) De un lado, se trata de un pacto con obligaciones positivas tanto de hacer como de resultado para la contraparte; además de otras obligaciones de no hacer para con terceros. La suma de todo, el cumplimiento de las obligaciones positivas de hacer como de las negativas de no hacer supone un compromiso adquiridas por el distribuidor que, de no respetarse, podrían implicar la resolución del contrato por incumplimiento. Y, además de la extinción, la finalización del contrato podría llevar aparejado alguna compensación económica en favor del cabeza de red que también debería ser asumido por el distribuidor o parte débil del contrato.
- b) De otro, ciertamente como se ha advertido, en los contratos con pacto de exclusiva se impone a las partes la obligación positiva de hacer consistente en la obtención de un resultado concreto u obra hecha. Esta obligación de hacer requiere la consecución de un resultado con independencia del trabajo, esfuerzo, tiempo o inversión que suponga al obligado el desarrollo de tal actividad<sup>53</sup>. De hecho, el contenido de las prestaciones variará de la decisión

---

<sup>51</sup> Siguiendo a DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., “Compra y venta exclusiva. Marca única (especialidades)”, en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho Contractual Europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.113.

<sup>52</sup> Aunque tradicionalmente se ha identificado al cabeza de red con el proveedor, es cada vez más frecuente en la práctica que se produzca la situación opuesta. Es decir, que las grandes superficies de distribución asuman dicho rol en el poder de negociación frente a los pequeños proveedores.

<sup>53</sup> Siguiendo a ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, Librería Bosch, 11º edición, Barcelona, 2002, pp. 37-38.

de las partes de concluir un contrato de compra en exclusiva, venta en exclusiva o un contrato de distribución exclusiva con prestaciones simultáneas de compra y venta.

Sin embargo, el principio de libertad contractual que rige el art. 1255 CC presenta también algunas limitaciones, lo que podría traducirse en una omisión. O lo que es lo mismo, en el deber del “simplemente no hacer” hacia ciertas personas o en ciertas circunstancias. Por lo que las partes contratantes deberán asumir el cumplimiento de una prestación que consiste en la pérdida total o parcial de libertad para celebrar los particulares determinados contratos<sup>54</sup>.

En nuestra materia de investigación, el contenido del pacto de exclusiva puede afectar al distribuidor que celebra un contrato de compra de exclusiva obligándole a adquirir todos los productos del proveedor o de quién le indique el cabeza de red<sup>55</sup>. En consecuencia, esta modalidad contractual lleva implícita una obligación de no hacer, lo que impide a los distribuidores suministrarse de otros proveedores distintos del proveedor o de quién éste designe<sup>56</sup>. Y, como es sabido, de proceder de forma contraria a lo determinado en el pacto de exclusiva, el proveedor estará legitimado a resolver el contrato por incumplimiento<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> La limitación, según ALBALADEJO, se deja percibir en tres aspectos. Particularmente, en la pérdida de la libertad de celebración o la prohibición de celebración de ciertos contratos con determinadas personas, la desaparición de la libertad de regulación y, finalmente, en la prohibición de la libertad de entablar ciertas relaciones obligatorias. En este sentido, ALBALADEJO, M., *Op. Cit.*, 2002, pp. 37-38.

<sup>55</sup> Un ejemplo de este tipo de cláusulas puede apreciarse en la STS, Sala 1ª, de 30 de mayo de 2016, (RJ\2016\2293), relativa a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva de la proveedora de ron Brugal y la distribuidora Zamora Distribuciones de Bebidas S.L., que establece: “*Zadibe se obligaba a comprar producto sólo al fabricante, a no operar fuera del territorio de España y Andorra, a no distribuir, representar, vender o fabricar otro producto equivalente al producto ron dominicano, por sí o por medio de filial, salvo autorización previa y escrita de Brugal, haciendo constar que no era equivalente a ninguno de los que en esa fecha ya distribuía, así como a suministrar a Brugal anualmente un presupuesto de compras, que sería revisado cada tres meses*”.

<sup>56</sup> Es de la misma opinión, ALONSO SOTO, R., *Op.cit*, 2010, p. 64. Ahora bien, esta obligación es extensible al supuesto contrario. Esto es, cuando el distribuidor resulte el cabeza de red que imponga al pequeño proveedor la obligación de venderle exclusivamente la totalidad de sus productos o la prestación de sus servicios.

<sup>57</sup> Ahora bien, como se verá en el capítulo relativo a la resolución del contrato por incumplimiento como causa de extinción de los contratos de distribución, la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo supedita la procedencia de la resolución por incumplimiento al amparo del art. 1124 CC a que el incumplimiento se refiera a una obligación principal y que sea grave, esto es, total y definitivo, en la medida que frustre la finalidad del contrato. En cambio, no procederá la terminación del contrato cuando afecte a una relación accesoria, pues no se altera la relación de reciprocidad o de interdependencia causal. Para profundizar, entre otras resoluciones, vid. el Fundamento de Derecho Undécimo de la STS, Sala 1ª, de 2 de octubre de 2012, (RJ\2012\10121).

En esta línea, la STS, Sala 1ª, de 2 de octubre de 2012, (RJ\2012\10121), relativo a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva, pone de manifiesto la resolución por incumplimiento del contrato justificando su terminación en el incumplimiento del pacto de exclusiva del distribuidor pese a *“existir un compromiso contractual por parte de la actora de no comercializar vinos que fueran de la competencia de los de HABSÁ”*.

Asimismo, las partes pueden incorporar otras obligaciones en la cláusula relativa al pacto de exclusiva. Entre ellas, la de convenir una obligación de compra de un número mínimo de productos, el mantenimiento de unos mínimos razonables de stock y el respeto de las marcas y signos distintivos del proveedor. Si el distribuidor incumpliere estas obligaciones acordadas en el contrato, o bien, invadiera otras zonas que no le han sido asignadas, el proveedor podría proceder también a poner fin al contrato de distribución en exclusiva. Extremo que, a su vez, supone el núcleo central del tema de investigación del presente trabajo.

- a) En este punto, cabe citar la SAP de Madrid, de 14 de junio de 2012 (JUR\2012\261621), referente a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva de tractores y vehículos agrícolas, motivada por el incumplimiento del pacto de exclusiva del distribuidor<sup>58</sup>, ya que en virtud del Fundamento de Derecho Segundo de la citada resolución se pone de manifiesto que: *“La cláusula 9, preveía la facultad de rescisión unilateral e inmediata para el caso del incumplimiento de las condiciones pactadas. Todo ello, sin perjuicio del grave incumplimiento contractual que supone la promoción y comercialización de productos competencia directa con Claas, por el que nos reservamos el derecho a reclamar los posibles perjuicios causados”*.

---

<sup>58</sup> En virtud del Fundamento de Derecho Segundo de la SAP de Madrid, de 14 de junio de 2012 (JUR\2012\261621), *“el distribuidor Algeinsa no sólo vendía tractores de la marca Fendt sino que además, comercializaba todo tipo de productos, no sólo de la marca Fendt sino de otras como Case, y no porque Claas (proveedor) hubiera dejado de colaborar con ellos en la distribución de la línea de tractores, como se desprende de la sentencia, sino porque, a pesar de haber suscrito un pacto de exclusividad, no se resignaban a perder una venta, de tal forma que si podían vender un producto de la marca Claas, lo vendían, pero si por algún motivo su cliente prefería ese mismo producto de la marca Fendt o de Case, no renunciaban a la venta, ya que, de lo que se trataba, es de que el cliente hiciera la adquisición en Algeinsa, y no en otra entidad..”*

- b) Del mismo modo, destacan otras resoluciones también demuestra jurisprudencia de la AP de Barcelona. Entre ellas, las de 23 de abril de 2014 (JUR\2015\33130) y de 20 de octubre de 2016, (JUR\2017\31824). La primera hace referencia a la invasión del distribuidor de la zona que no le fue asignada. Por consiguiente, el distribuidor incumplió el pacto de no competencia al proceder a la venta de material en el Hospital de Barbanza, que había sido asignado a otro distribuidor de la red. En la segunda resolución –la SAP de Barcelona, de 20 de octubre de 2016, (JUR\2017\31824)-, referente a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva de productos de alimentación, el proveedor no sólo detectó una bajada de ventas importante, y sino que también el distribuidor vulneró el pacto de exclusividad<sup>59</sup>.

Por su parte, tal y como se ha advertido con anterioridad, el proveedor que celebra un contrato de venta en exclusiva debe suministrar únicamente al distribuidor que está designado en un área geográfica determinada<sup>60</sup>. Especialmente, si se trata de un supuesto en el que el distribuidor representa al cabeza de red que dirige una gran superficie. Si el proveedor incumple la obligación del pacto de exclusiva para con su distribuidor, el distribuidor podrá igualmente extinguir el contrato alegando la resolución por incumplimiento del acuerdo. Asimismo, las partes podrán incorporar otras causas de extinción de los contratos de venta en exclusiva. Por ejemplo, la entrega de los bienes y productos a comercializar en plazo, la aplicación de descuentos al distribuidor en el precio final de los productos, o la del pago relativo a los cánones por el volumen de ventas alcanzado por el distribuidor<sup>61</sup>. Con todo, la resolución del contrato por incumplimiento dependerá de que el incumplimiento sea lo suficientemente grave como para poner fin al acuerdo, en general y del contenido acordado las partes en el pacto, en particular<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Vid. Fundamento de Derecho Tercero de la SAP de Barcelona, de 20 de octubre de 2016, (JUR\2017\31824).

<sup>60</sup> De nuevo, si utilizamos como ilustración la STS, Sala 1ª, de 30 de mayo de 2016, (RJ\2016\2293), referente a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva entre la proveedora de ron dominicano Brugal y la distribuidora Zamora Distribuciones de Bebidas S.L., (Zadibe). En el Fundamento de Derecho Primero, la citada Sentencia se pronuncia: “*Brugal se obligaba a no vender su producto o cualquier otra empresa que operase o pudiese operar en el mismo territorio, domiciliada en éste o fuera de él, mediante la incorporación directa o indirecta del producto. Además, Brugal asumió el compromiso de tener existencias suficiente del producto para atender a la demandada Zadibe*”.

<sup>61</sup> En este sentido, ALONSO SOTO, R., “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Dirs.), *Los contratos de distribución*, LA LEY, Madrid, 2010, p. 65.

<sup>62</sup> Sobre la terminación del contrato como consecuencia de un incumplimiento del pacto de exclusiva, véase el Capítulo 2 de la Parte II de la tesis, epígrafe V. Supuestos de incumplimiento, subepígrafe 2 (Modalidades

## 2.2. Contratos de distribución autorizada y selectiva

Entre los contratos de distribución, el acuerdo de distribución selectiva resulta el pacto con menor nivel de repercusión problemática en la práctica. Así ha quedado también reflejado en la jurisprudencia<sup>63</sup>. De hecho, de entre todas las Sentencias que han sido objeto de análisis para este trabajo, pocas son las resoluciones judiciales de esta modalidad que han planteado problemas significativos una vez extinguido el contrato. Si bien no es discutible que los principales conflictos que han surgido en la distribución selectiva se producen en el Derecho “*antitrust*” y de marcas<sup>64</sup>. En este sentido, considerando las particularidades propias de los contratos de distribución selectiva y su incidencia en otras áreas del Derecho mercantil, se va a determinar el concepto y su régimen jurídico<sup>65</sup> de estos contratos que, tal y como se ha mencionado anteriormente, siguen siendo atípicos y presentan un sistema de distribución indirecta integrada.

Aunque no existe concepto uniforme de esta modalidad contractual de distribución<sup>66</sup>, tanto los textos prelegislativos y como un sector de la doctrina suelen diferenciar entre dos modalidades semejantes pero separadas, distinguiendo los contratos de distribución autorizada y los contratos de distribución selectiva<sup>67</sup>.

---

de supuestos de incumplimiento en los contratos de distribución), apartado 2.4, relativo al incumplimiento del pacto de exclusiva.

<sup>63</sup> Así lo expone, CARBAJO CASCÓN, F., *Sistemas de distribución selectiva. Aspectos concurrenciales, contractuales y marcarios*, Ed. La LEY, Madrid, 2013, p.205.

<sup>64</sup> Para ampliar sobre el tema, CARBAJO CASCÓN, F., *Op.cit.*, 2013, p.205.

<sup>65</sup> Siguiendo a CARBAJO CASCÓN, F., “El contrato de distribución selectiva”, en RUIZ PERIS, J.I. y MARTI MIRAVALLS, J., *Contratos de distribución*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, p. 70.

<sup>66</sup> Para obtener una definición doctrinal de los contratos de distribución selectiva, vid. CARBAJO CASCÓN, F., “El contrato de distribución selectiva”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., y CALZADA CONDE, M.A., (Dir.), *Contratos Mercantiles*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 816 y ss., LE TOURNEAU, Ph., *Les contrats de concession, Distribution sélective, concession exclusive, Distribution automobile, Droit interne et communautaire*, LexisNexis, 2ª ed., Paris, 2010, p. 9.

<sup>67</sup> En este sentido, DOMINGUEZ GARCÍA, M.A., “Distribución autorizada y distribución selectiva. Especialidades”, en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho Contractual Europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 113. Por el contrario, otros autores como GALÁN CORONA no establecen distinción alguna entre los contratos de distribución selectiva o autorizada, considerando que se tratan de aquellos acuerdos en los que “*el productor o fabricante se compromete a vender los productos objeto del contrato a determinados distribuidores seleccionados en virtud de unos específicos criterios establecidos y el distribuidor, por su parte, se obliga a revenderlos en su establecimiento, sin exclusividad, con observancia de las reglas establecidas por el proveedor, prestando, en su caso, la pertinente asistencia técnica a los adquirentes y obligándose, además, a no vender a comerciantes o distribuidores no autorizados*”, GALÁN CORONA, E., *Op.cit.*, Navarra, 2010, p. 29.

- a) En primer lugar, *la distribución autorizada* consiste en la actividad de comercialización oficial de bienes y servicios en una zona con exclusividad territorial. Así lo disponen de forma prácticamente unánime la totalidad de las propuestas de regulación de los contratos de disposición en sus respectivos articulados. En particular, en los preceptos siguientes, art. 2 c) PLCD (2011), el art. 543-2 c) PCM (2013), el art. 5101-1 5 c) PCC (2016) y, por último, el art. 545-2 c) PALCM (2018), que establecen que se trata de “ *un contrato de distribución autorizada, por el cual el proveedor se obliga a suministrar al distribuidor bienes y servicios para que éste los comercialice, bien directamente o bien a través de su propia red, como distribuidor oficial, en una zona geográfica determinada*”.
- b) En segundo término, la distribución selectiva difiere de la autorizada toda vez que la actividad de distribución oficial se realiza sin tener atribuida una zona concreta o bien, carecer de exclusividad territorial. Asimismo, hay otras notas que definen la distribución selectiva puesto que se trata de un pacto por el que un proveedor se obliga al suministro de sus productos a una serie de distribuidores previamente seleccionados por aquel por criterios objetivos. Los distribuidores, por su parte, asumirán la obligación de la comercialización de los bienes y el servicio técnico postventa<sup>68</sup>.

A diferencia de los pactos de distribución autorizada, el contenido obligacional del contrato de distribución selectiva queda concretado únicamente en dos obligaciones de hacer, que son: el suministro de productos a un conjunto de distribuidores seleccionados, pero carentes de protección territorial y el deber de asistencia postventa<sup>69</sup>. En particular, tanto el art. 2 d) PLCD (2011) como los art. 543-2 d) PCM (2013) y 545-2 d) PALCM (2018) disponen: “*El contrato de distribución selectiva, por el cual el proveedor se obliga a vender los bienes y servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él y*

---

<sup>68</sup> Por todos, DOMINGUEZ GARCÍA, M.A., *Op. cit.*, Valencia, 2015, p.113.

<sup>69</sup> Si bien quiénes admiten las diferencias entre la distribución selectiva en sentido estricto y la distribución autorizada advierten que, en la distribución autorizada, el distribuidor se presenta “*sin más como un simple comerciante autorizado sin adscripción territorial o como distribuidor oficial y, en su caso, como un prestador técnico dentro de una determinada zona de influencia*”. Así lo expone DOMINGUEZ GARCÍA, M.A., *Op.cit.*, Valencia, 2015, p. 114.

*que no gozan de exclusividad territorial, mientras que el distribuidor se compromete a revender esos bienes o a prestar esos servicios a consumidores y usuarios finales, respetando las instrucciones pactadas y prestando, en su caso, asistencia técnica a los compradores”.*

No obstante, frente a los textos anteriores, la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante APDC) ha incluido en el art. 5101-1 apdo. 5 d) PCC (2016) una definición más escueta que desvirtúa el contenido de esta modalidad contractual. De hecho, los define como aquellos pactos “*en los que el proveedor vende los bienes y servicios únicamente a distribuidores seleccionados por aquel y que no disfrutan de exclusividad territorial*”. Sin embargo, el PCC no menciona la totalidad de las obligaciones del distribuidor selectivo, cuya integración en la cadena de distribución es fundamental toda vez que el proveedor elige a su distribuidor por razones de calidad y especialización. Al parecer, el PCC ha omitido algunas cualidades propias de la elección del distribuidor que, en mi opinión, es un rasgo nada desdeñable para el desempeño de la comercialización selectiva. En particular, porque el distribuidor selectivo debe integrar un valor añadido a la comercialización de los productos o prestación de servicios. Se trata de la asistencia post venta a un cliente frente a cualquier intermediario sin formación; apreciación que no ha sido incluida en el PCC.

En línea con lo manifestado, a excepción el PCC (2016), la distribución selectiva refuerza las dimensiones del *intuitu personae* en las propuestas de regulación de los contratos de distribución. Máxime cuando esta modalidad contractual implica al distribuidor no sólo la labor de comercializar los productos del proveedor, sino que también será el referente para la realización de las tareas de asistencia técnica de sus productos<sup>70</sup>. En este sentido, puede advertirse como la PCC adolece de una falta de contenido relevante al definir parcialmente los contratos de distribución selectiva, y omitir parte del contenido propio de las obligaciones del distribuidor.

---

<sup>70</sup> Aunque, en la práctica, la confianza suele basarse más en la estructura de la organización empresarial (*intuitu instrumentii*) –sea su aptitud profesional, técnica o comercial- que en las características personales de la contraparte. Así lo expone, CARBAJO CASCÓN, F., *Op.cit.*, 2013, p.207.

Asimismo, a diferencia de la distribución autorizada la distribución selectiva en sentido estricto supone un mayor nivel de integración entre las partes que la distribución autorizada habida cuenta las disposiciones del Derecho europeo de competencia<sup>71</sup>. Con todo, el nivel de integración de la distribución selectiva sigue siendo menor que el resultante de un sistema de distribución en exclusiva<sup>72</sup>.

En relación con el Derecho de competencia, tal y como disponen los Reglamentos comunitarios sobre exención por categorías de acuerdos verticales (art. 1.c) Reglamento 2790/1999 y 330/2010<sup>73</sup>, en adelante, RAV) se trata de “*un sistema de distribución por el cual el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema*”<sup>74</sup>. En este sentido, se entiende que del art 1.c) RAV se desprenden las consideraciones siguientes:

-De un lado, destaca la obligación de hacer impuesta al proveedor -que consiste únicamente en la venta a aquellos distribuidores que han sido previamente seleccionados en base a criterios objetivos por el cabeza de red<sup>75</sup>- con la carencia de una exclusividad territorial para el distribuidor. Dichos caracteres del pacto

---

<sup>71</sup> Se entiende que los acuerdos de distribución selectiva son restrictivos de la competencia puesto que excluyen la competencia dentro de la marca al apartar a posibles revendedores o distribuidores como consecuencia de los criterios estáticos. Ahora bien, la limitación de la competencia no puede generar posiciones de predominio de mercado en virtud de lo establecido en los artículos 1.3. de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y el art. 101.3 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE o Tratado de Lisboa). Lo que, conforme a lo establecido en los Reglamentos 2790/1999 y 330/2010 (en adelante, RAV) se traduce en que sólo podrán acogerse a los acuerdos de distribución selectiva aquellos pactos cuya cuota individual de mercado objetiva detentada por las partes no resulte superior al treinta por ciento del total del mercado de referencia. Es de la misma opinión, DOMINGUEZ GARCÍA, M.A., *Op. cit.*, Valencia, 2015, pp. 119-120.

<sup>72</sup> En los sistemas de distribución exclusiva el nivel de integración es mayor que en la distribución selectiva en la medida que resulta menos intensa la sujeción a las instrucciones del productor o fabricante. Siguiendo a GALÁN CORONA, E., *Op. cit.*, 2010, p. 32.

<sup>73</sup> Vid. Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, publicado en «DOUE» (Diario Oficial de la Unión Europea), núm. 102, de 23 de abril de 2010.

<sup>74</sup> Vid. Art. 1 apdo 1.A d) del Reglamento (UE) n° 330/2010.

<sup>75</sup> Como se desprende del citado art.1.A d) del Reglamento (UE) n° 330/2010, en los contratos de distribución selectiva o autorizada los distribuidores deberán, a su vez, asumir el compromiso de no vender tales productos o servicios a otros distribuidores no integrados en la misma red de distribución autorizada.

resultan también algunas de las diferencias más evidentes entre el contrato de distribución selectiva y los acuerdos de distribución exclusiva y concesión mercantil.

-De otro, en lo relativo a las diferencias entre la distribución autorizada y la selectiva anteriormente mencionadas, cabe añadir otro matiz diferenciador adicional a la carencia de zona de distribución exclusiva del distribuidor selectivo. En este sentido, la distribución selectiva impone a su distribuidor el cumplimiento de dos obligaciones positivas de hacer y otra negativa de no hacer. O, lo que es lo mismo, ambos distribuidores deben promover la reventa de los bienes y servicios, pero la distribución selectiva expuesta en el RAV impone a sus distribuidores otra obligación de no hacer consistente en la prohibición de la venta a intermediarios ajenos a la red. De este modo, se evita el comercio paralelo de aquellos productos que, por su propia naturaleza, marca o características, requieren de un proceso de comercialización y atención post venta especializada. La prohibición de venta a comerciantes no autorizados persigue la protección de la reputación de la marca. Extremo que, en definitiva, puede resolverse mediante la distribución selectiva, habida cuenta que la distribución exclusiva permite una selección más cuantitativa que cualitativa. Por tal motivo, la distribución selectiva nace con el fundamento de *“superar la inadecuación de la distribución exclusiva a la cobertura de dicha finalidad”*<sup>76</sup>.

Dicho lo anterior, entre las escasas cuestiones litigiosas existentes en el ámbito de la distribución selectivas, resulta abundante la jurisprudencia nacional y europea procedente de la comercialización de los productos al margen de las redes de distribución propuestos por el cabeza de red. Y, en definitiva, se van a exponer algunos pronunciamientos que suponen un menoscabo del prestigio y reputación de las marcas.

A modo de ejemplo, destaca en nuestro ordenamiento jurídico la STS, Sala 1ª, de 22 de abril de 2016 (RJ\ 2016\2410), en cuyo caso, las compañías integradas por el grupo L’Oreal, dedicadas a la producción y venta de productos de perfumería de lujo, interpusieron una demanda contra la

---

<sup>76</sup> Siguiendo a DOMINGUEZ GARCÍA, M.A., *Op.cit.*, Valencia, 2015, p. 119.

distribuidora Websales Ibérica S.L. al considerar que la citada entidad estaba comercializando sus productos mediante unas páginas web fuera del canal de distribución de modo que la distribuidora estaba perjudicando la imagen de lujo y prestigio de la marca por “*por la forma en que usa la marca en su página web destinada a la distribución y venta de productos, entre los que están los del grupo [L’Oreal]*” e incluso, “*modificando o alterando el aura y la imagen de prestigio de dichos productos y la sensación de lujo que emana de ellos justificativa de un sistema de distribución exclusiva cuyas condiciones no cumple aquél*”. Lo que, suponía para el proveedor y parte actora “*un aprovechamiento indebido de la reputación ajena*”<sup>77</sup>. Con todo, a la vista de los hechos, y como respuesta a la pretensión del proveedor encabezado por las compañías del Grupo L’Oreal, el Alto Tribunal se pronunció acertadamente al respecto estimando parcialmente el recurso de casación en los siguientes términos:

- a) En primer lugar, puso de manifiesto su oposición a la misma en el Fundamento de Derecho Sexto de la citada STS al pronunciarse en casación del modo siguiente: “*la comercialización fuera del sistema de distribución selectiva, incluso si se realiza on line, no constituye, por sí misma, un motivo legítimo que permita al titular de la marca oponerse a la comercialización ulterior de los productos y excepcionar, por tanto, el agotamiento de la marca*”. Asimismo, “*...También es criterio de este Tribunal considerar que no existe una necesaria correlación entre la infracción del derecho a la distribución selectiva y el perjuicio marcario porque es dable vulnerar aquél sin que exista perjuicio para la marca cuando, por ejemplo, quien no está autorizado como distribuidor selectivo cumple con los criterios de distribución*”.

---

<sup>77</sup> No obstante, en esta resolución judicial, la cuestión litigiosa que debe resolver el Alto Tribunal consiste en si la comercialización *on line* de productos de lujo fuera del sistema de distribución selectiva constituya, por sí misma, un “motivo legítimo” constitutivo de la excepción al agotamiento de la marca prevista en los arts. 13.2 del Reglamento de Marcas, 7.2 de la Directiva y 36.2 de la Ley de Marcas. En este sentido, el art. 36.2 de la Ley de Marcas establece lo siguiente: “*El apartado 1 no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los mismos se haya modificado o alterado tras su comercialización*”.

- b) En segundo término, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación en el Fundamento de Derecho Sexto *in fine* al advertir una serie de circunstancias que determinan la existencia de motivos legítimos para excepcionar el agotamiento de las marcas<sup>78</sup>. Dicho lo anterior, el Tribunal Supremo matizó del modo siguiente: “*la utilización en el nombre del dominio del término «outletbelleza», el entorno de la página web de la demandada que traslada una débil imagen de las marcas de lujo debido al sistema de localización esencialmente alfabético, la ausencia de productos, la limitación de estocaje, la falta de novedades y la no admisión de la devolución de productos*” pueden considerarse causas “*susceptibles objetivamente de afectar negativamente a la reputación de las marcas de las demandantes, pues perjudican el aura y la imagen de prestigio que confieren a sus productos una sensación de lujo*”.

Aunque el análisis de estos contratos no ha despertado, entre la doctrina, el mismo nivel de interés jurídico que el pacto de exclusiva, la incidencia del Derecho de competencia sobre esta modalidad contractual ha evidenciado la conveniencia de escoger este sistema de distribución frente a la distribución en exclusiva.

-Por un lado, como apunta un sector de la doctrina, los contratos de distribución selectiva suponen pocos beneficios para el distribuidor<sup>79</sup>, que dependerá de la reventa de sus productos y deberá soportar que el proveedor designe cuantos distribuidores considere oportuno y necesario. Incluso, en su zona geográfica o área territorial de venta.

-Por otro, parece unánime la posición doctrinal que, en los contratos de distribución selectiva, los distribuidores reciben un trato preferencial en la

---

<sup>78</sup> En este sentido, la doctrina del agotamiento de marcas en el Derecho de la Unión Europea conlleva que el titular de una marca en un Estado Miembro del Espacio Económico Europeo no puede oponerse a la importación y ulterior comercialización, incluida la reventa, en ese Estado miembro de productos que previamente han sido comercializados con el consentimiento del proveedor mediante un distribuidor perteneciente a su red en otro Estado miembro.

<sup>79</sup> Como afirma, LE TOURNEAU, Ph., *Les contrats de concession, Distribution sélective, concession exclusive, Distribution automobile, Droit interne et communautaire*, LexisNexis, 2ª ed., Paris, 2010, pp. 10 y 11.

adquisición de sus bienes, una asistencia publicitaria, técnica y para la formación, así como en la prestación de servicios de asistencia y postventa a la clientela con la única finalidad de potenciar la imagen de prestigio de la marca del principal. Se trata, por tanto, de escoger una red de distribuidores de calidad o con cualidades que no estén al alcance de cualquier tercero interesado en revender el tercero, que se convierta en un “gorrón” o *free rider*<sup>80</sup> que pueda aprovecharse del canal de distribución.

En definitiva, el sistema de distribución selectiva, como su nombre indica, no es de aplicación generalizada. La doctrina se refiere a los contratos de distribución selectiva como acuerdos de distribución autorizada u oficial que presentan grandes similitudes con el contrato de concesión y distribución exclusiva. Pero, como se ha advertido anteriormente, entre ambos sistemas de distribución también persisten evidentes diferencias. Principalmente, la distribución selectiva tiene su fundamento en selección de los distribuidores por criterios objetivos y no territoriales para la reventa de productos de lujo, -muchos de ellos amparados por una marca de calidad-, o de servicios que pueden precisar de una formación o asistencia técnica en el momento de su comercialización o en otro posterior<sup>81</sup>. Otra de las principales diferencias con el contrato de distribución exclusiva es que, en los contratos de distribución selectiva, el distribuidor presenta un menor grado de integración, lo que supone un mayor grado de autonomía respecto del proveedor en el que también se cede al distribuidor el uso de signos distintivos<sup>82</sup>.

Finalmente, existen algunos supuestos de extinción de contratos de distribución, como el caso de los acuerdos relativos al sector de los vehículos a motor, que vienen motivados por la revisión normativa sobre la libre competencia de la Comisión Europea. Este es el supuesto del Reglamento 1400/2002, de 31 de julio<sup>83</sup>, que sustituía al anterior Reglamento

---

<sup>80</sup>Siguiendo a DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., “Distribución autorizada y distribución selectiva (especialidades)”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.116.

<sup>81</sup> En este sentido, ALONSO SOTO, R., “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Dir.), *Los contratos de distribución*, LA LEY, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2010, p. 68.

<sup>82</sup> ALONSO SOTO, R., *op. cit.*, p.69.

<sup>83</sup> Este instrumento, consecuencia de las conclusiones de la Comisión Europea sobre la prácticamente inexistente libre competencia en el sector e los vehículos a motor y a la excesiva dependencia de los distribuidores y concesionarios respecto de los fabricantes. La Comisión alegó que las políticas empleadas por los proveedores o fabricantes anulaban cualquier posible ventaja que un mercado único debía reportar

1475/95, que permitía a los proveedores elegir el sistema de distribución más conveniente, ya fuera selectiva, -basada en el compromiso del fabricante de vender únicamente a distribuidores seleccionados a partir de criterios definidos- o exclusiva, con la finalidad de reforzar la independencia del distribuidor respecto del fabricante. La distribución con pacto de exclusividad habilita al concesionario para la disposición de unas instalaciones y talleres comunes para todas las marcas que distribuyese, aunque cada fabricante pudiera exigir que los vehículos de su marca se expusieran y vendieran en áreas distintas separadas por marcas, pero dentro del mismo establecimiento<sup>84</sup>.

A modo de ejemplo, destaca la STS, Sala 1ª, de 14 de junio de 2011, (RJ\2011\4528) relativo a la extinción de un contrato en exclusiva entre la concedente FIAT AUTO España, S.A. y la compañía mercantil Toxiauto S.L. En este supuesto, el objeto del proceso versa sobre un contrato de distribución en el sector de vehículos a motor, cuyo proveedor decidió desistir el contrato respetando el plazo de preaviso de un año en virtud del derecho que le asistía para la reorganización de la red total o de una parte sustancial de la red de la marca, impuesta por la normativa reglamentaria de la Unión Europea<sup>85</sup>. Las causas que alega el proveedor para fundamentar su desistimiento “*se basan en la necesidad de reorganización en dos apreciaciones: el cambio de sistema de distribución por imposición reglamentaria y la necesidad de que todos los concesionarios FIAT comercialicen tanto los vehículos turismos como comerciales*”. El Alto Tribunal trae a colación, en este asunto, la STJUE de 7 de septiembre de 2006, que señala que la necesidad de reorganización debe ser objetiva y no puede depender de la apreciación discrecional del proveedor, de modo que:

*“Así, tal reorganización podría resultar necesaria en el sentido de esta disposición si, para seguir beneficiándose de la exención por categoría, un*

---

a los consumidores. De este modo, el Reglamento trataba de retroalimentar, entre otros asuntos, la competencia entre los concesionarios, el aumento de compras transfronterizas y en definitiva, adquirir una mayor transparencia y competencia en materia de precios en toda la Unión Europea.

<sup>84</sup> Para profundizar, vid. ALONSO SOTO, R., “El contrato de distribución selectiva o de establecimiento autorizado”, *Curso de Derecho Mercantil II*, Editorial Aranzadi, Junio 2007, (BIB 2007\1080).

<sup>85</sup> En este sentido, debe aplicarse el art. 5.3 del Reglamento (CE) 1475/1995, de 28 de junio, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 TCE (actual 101.3 TFUE), que fue aplicable hasta el 30 de septiembre de 2002, y el art. 3.5 b), ii Reglamento (UE) 1400/2002, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del art. 81.3 TCE (actual 101.3 TFUE). En lo que respecta a resoluciones judiciales europeas, vid. STJCE (actual TJUE), de 7 de septiembre de 2006 (Sala 3ª), asunto C125/05.

*proveedor, que antes de la entrada en vigor del Reglamento número 1400/2002 combinaba la distribución exclusiva con la selectiva, optaba por reorganizar su red de distribución sólo según un sistema de distribución selectiva o si decidía mantener un sistema de distribución en exclusiva, únicamente para los servicios de venta y establecer un sistema de distribución selectiva para los servicios de postventa prestados por talleres de reparación autorizados”.*

En línea con lo expuesto, el Fundamento de Derecho Quinto de la citada Sentencia, “*se justifica la necesidad objetiva de reorganización significativa de la red comercial de la demandada (FIAT) por el cambio del sistema de distribución “exclusiva” (o combinado de exclusividad y selectividad) por el de distribución selectiva: además de la necesidad de unificar la comercialización por parte de los concesionarios FIAT de todos los vehículos, sean turismos o comerciales. La resolución recurrida es, por lo demás, conforme a la doctrina de esta Sala”.*

### **2.3. Contratos de franquicia**

El contrato de franquicia procede del derecho estadounidense (*franchise agreement*), donde se generó para eludir la prohibición «*antitrust*» a principios del XX<sup>86</sup>. El concepto franquicia, que proviene etimológicamente del verbo francés “*franchir*”, apareció en Europa en la década de los cincuenta consolidándose en la práctica comercial con gran desarrollo<sup>87</sup>. Al igual que otras modalidades contractuales de la distribución integrada, el contrato de franquicia se caracteriza por tratarse de un contrato mercantil atípico, de carácter consensual, sinalagmático, obligatorio, oneroso, generalmente adhesivo, de tracto sucesivo<sup>88</sup> y personalísimo.

---

<sup>86</sup> Para profundizar, Vid el Fundamento de Derecho Tercero de la STS, Sala 1ª, de 4 de junio de 2020 (RJ\2020\1580), en el que se expone la naturaleza jurídica del contrato de franquicia.

<sup>87</sup> Es de la misma opinión, GALÁN CORONA, E., *Op. cit.*, 2010, p. 33.

<sup>88</sup> En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto de este punto cuando advierte que: “*los acuerdos de franquicia pueden calificarse como contratos de tracto sucesivo, pero no en un sentido puro o estricto, sino como una modalidad mixta o híbrida, pues combina la existencia de prestaciones continuadas en el tiempo (la integración en la red de franquicias, el permiso para la utilización durante la vida del contrato de la marca y demás elementos de la propiedad intelectual o industrial del franquiciador), con otras prestaciones de carácter sucesivo (provisión de consumibles - cables, chalecos, etc; y productos de venta -cremas, ropa, etc-), que igualmente deben extenderse a lo largo de toda la duración del contrato”.* Para profundizar, vid. el Fundamento de Derecho Cuarto de la STS, Sala 1ª, de 4 de junio de 2020 (RJ\2020\1580),

El contrato de franquicia es, en mayor medida que otras figuras distributivas, el instrumento jurídico vertebrador de la distribución comercial<sup>89</sup> en la actualidad. Las relaciones de franquicia están integradas en el Derecho de redes empresariales<sup>90</sup>, de carácter convencional entre las partes, en las que el franquiciador ejerce su liderazgo frente al franquiciado<sup>91</sup>. De hecho, la franquicia reúne a dos empresarios independientes, franquiciador y franquiciado, en el que el primero reconoce al segundo el derecho a utilizar su actividad comercial, industrial o prestación de servicios durante un tiempo y en una zona delimitada<sup>92</sup>, a cambio de una contraprestación económica. Como reconoce la doctrina, tanto el objeto como el bien jurídico compartido de la franquicia es el modelo de empresa originado por el franquiciador, que está orientado a la realización de una actividad económica<sup>93</sup>. De este modo, el contrato de franquicia permite al franquiciador poner en marcha el crecimiento en escala de su firma cediendo el coste de producción a sus franquiciados; a quiénes autoriza la utilización de signos distintivos y otros derechos de propiedad industrial e intelectual<sup>94</sup>. La cesión del saber hacer (*know how*) al franquiciado se ejecuta conforme a sus instrucciones, que serán la clave del éxito de la red empresarial. Por lo que resulta evidente el nivel de integración tan intenso del franquiciado en la red del franquiciador, que controla al franquiciado mientras éste acepta su dirección.

En su intento de elaborar un concepto del contrato de franquicia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se refirió por primera vez a este contrato atípico en la década de los

---

<sup>89</sup> El contrato de franquicia es, ante todo, un contrato de distribución. En este sentido, siguiendo a MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil de franquicia*, Editorial Comares, 2ª Edición, Granada, 2007, p.6.

<sup>90</sup> Respecto a la noción y evolución de las redes empresariales, vid. RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, en RUIZ PERIS, J.I., (Dir.) *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 73 y ss.

<sup>91</sup> Siguiendo a RUIZ PERIS, J.I., “El contrato de franquicia”, en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., (Dir.), *Los contratos de distribución*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, p. 197.

<sup>92</sup> Existen distintos tipos de franquicias, entre las que destaca la franquicia de distribución y de servicios, la franquicia artesanal e industrial. En el presente trabajo se abordará únicamente el análisis de las franquicias de distribución y de servicios.

<sup>93</sup> Entre otras aportaciones doctrinales, y MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Concesión Mercantil y Franquicia. Especialidades”, en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho europeo de contratos*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.143.

<sup>94</sup> El uso de los signos distintivos viene regulado en el Manual de Identidad Corporativa, que autoriza y dispone qué signos del franquiciador podrá utilizar el franquiciado mientras que el Manual de Adecuación y decoración del local recoge los elementos integrantes de la unidad de imagen de la franquicia que requiere de una decoración semejante e idéntica también conocida como *trade dress*, cuyo contenido estará protegido, entre otros, por la tutela legal referente a los derechos exclusivos sobre el diseño y la propiedad intelectual. Siguiendo y, para ampliar, RUIZ PERIS, J.I., *Op. cit.*, 2018, Barcelona, pp. 209-210,

ochenta, cuando aludió al contrato de “*franchising*” en la STS, Sala 1ª, de 15 de mayo de 1985 (RJ\1985\2393)<sup>95</sup>. En dicho pronunciamiento, el Alto Tribunal advirtió de “*la autorización que el concedente da al concesionario para utilizar la marca, generalmente internacional, integrándolo en su red de comercialización*”<sup>96</sup>. En esta línea, la STS, Sala 1ª, de 30 de abril de 1998, (RJ\1998\3456), se pronunció sobre la atipicidad del contrato de franquicia y emitió el siguiente concepto: “*aquel contrato que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas- franquiciador- otorga a otra -franquiciado- el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica*”.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE, a día de hoy, TJUE), se pronunció al respecto en el periodo comprendido entre las dos resoluciones judiciales referidas (Caso Friusa en 1985 y 1998), en la Sentencia de 28 de enero de 1986, (TJCE\1986\34) también conocida como el *asunto Pronuptia*, cuando se refirió a los elementos esenciales de la franquicia sentando las bases para su posterior regulación comunitaria y, también, nacional. En este sentido, el Fundamento de Derecho 15 advirtió que “*más que de un modo de distribución, se trata de una manera de explotar económicamente, sin comprometer capitales propios, un conjunto de conocimientos*”. Por lo que, a diferencia de otros contratos de distribución en sentido estricto, la franquicia de distribución, más que proceder a la comercialización de bienes o servicios de un proveedor, consiste en la puesta a disposición de otro empresario independiente de un conjunto de conocimientos que tienen un valor económico<sup>97</sup>. Con todo, no debe tratarse únicamente de una serie de conocimientos y técnicas que conllevan el saber-hacer de un negocio; sino también, de la asistencia técnica necesaria para la aplicación de metodologías que impliquen el mantenimiento de la identidad y prestigio de la red representada por la marca.

---

<sup>95</sup> También resulta destacable que los principales asuntos relativos al contrato de franquicia que fueron resueltos por el Alto Tribunal durante el último tercio del XX, versaron sobre la extinción del contrato de franquicia. Por ejemplo, vid. SSTS de 23 de octubre de 1989 y 27 de septiembre de 1996.

<sup>96</sup> El caso FRIUSA supuso el primer referente jurisprudencial en España respecto al contrato de franquicia.

<sup>97</sup> Siguiendo a NAVARRO MÁÑEZ, M., y OCHOA ARRIBAS, C., “La aplicación de la franquicia al regimen propuesto para el contrato de distribución: una valoración crítica”, en VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRIA SAENZ, M., RUIZ PERIS, J.I., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, LA LEY, Madrid, 2013, pp. 94-95.

Aunque el contrato de franquicia carece de regulación en nuestro ordenamiento jurídico, el legislador contempló su definición, por primera vez, en el art. 62.1 de la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista (en adelante, LOCM). Conforme a lo establecido dicho precepto, se entiende por franquicia a la “*actividad comercial que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios*”. Además, dicha norma crea con posterioridad el Registro de Franquiciadores y se impone como única obligación para el franquiciador el deber de información precontractual con el franquiciado<sup>98</sup>.

Sin embargo, esta noción ha sido objeto de críticas en la medida que se trata de una definición incompleta, configurada de forma amplia e inespecífica por no incluir los elementos esenciales del contrato de franquicia. Resulta evidente que el concepto no aborda al deber de asistencia que el franquiciador debe ofrecer al franquiciado, ni tampoco contempla la explotación de la actividad de forma unitaria o la obligación de cesión del “*know-how*” en la comercialización de bienes o servicios<sup>99</sup>.

Con posterioridad, el art. 2 del Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla el art. 62 LOCM<sup>100</sup>, completa la definición de la LOCM, relativo a la regulación del contrato de franquicia y establece que:

---

<sup>98</sup> El art. 62 LOCM no resulta una excepción aislada en el Derecho continental. De hecho, el precepto está inspirada en el Derecho francés, y particularmente en la *Loi Doubin*, que impone al franquiciador la obligación de informar al posible franquiciado acerca del estado real de su negocio. Una vez otorgada dicha información, el franquiciado dispondrá de veinte días para decidir si va a invertir, por lo que ambas partes deberán respetar el plazo estipulado por la ley. Del mismo modo lo expone MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato de franquicia*, Editorial Comares, 2ª Edición, Granada, 2003 p.71.

<sup>99</sup> Siguiendo a NAVARRO MÁÑEZ, M., y OCHOA ARRIBAS, C., *Op. cit.*, Madrid, 2013, p.96.

<sup>100</sup> El RD 2485/1998, de 13 de noviembre, que desarrolla el art. 62 LOCM, declara que dicha actividad comercial es la que se desarrolla a través del contrato de franquicia, sujeta al régimen del Derecho comunitario, (Reglamento 4087/88, de 30 de noviembre, a día de hoy integrado en el Reglamento de la Comisión 2790/99, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apdo. 3 del art. 81 del Tratado). En el art. 1, apdo 3 b) del citado Reglamento 4087/88, se define como acuerdo de franquicia: “*Aquel contrato en virtud del cual, una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios, y que comprende por lo menos: el uso de una denominación o rótulo común y una prestación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato y la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un know-how, así como la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del contrato*”.

*“A los efectos del presente Reglamento se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia, regulada en el art. 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos: el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales o de los medios de transporte objeto del contrato; la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un “saber hacer”, y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo”*

A diferencia del concepto anterior, esta vez el legislador acuñó, sin duda, una noción que define los principales aspectos del contrato de franquicia incluyendo la imagen unitaria de la marca, el deber de cesión del saber-hacer y la obligación de prestación continua de asistencia comercial o técnica al franquiciado durante la vigencia de los contratos. Con todo, la definición más acertada de la franquicia se aportó posteriormente por el Real Decreto 419/2006, de 7 de abril, manteniendo de forma, prácticamente, invariable la descripción del contrato. Por su parte, el Real Decreto 201/2010 de 26 de febrero (en adelante, RD 201/2010) derogó el Real Decreto 285/1998 y completó la definición de la actividad comercial en régimen de franquicia mediante una enumeración de prestaciones que establecen el contenido mínimo del contrato<sup>101</sup>. Con todo, pese a la adecuación reglamentaria, la definición legal del contrato de franquicia recogida en el art. 62 LOCM ha permanecido inalterada<sup>102</sup>.

No obstante, no es cuestión debatida que el contrato de franquicia sigue careciendo de una regulación completa en nuestro ordenamiento jurídico y es considerado un contrato atípico. Así lo entiende tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En particular, son destacables las resoluciones del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de

---

<sup>101</sup> Para profundizar, vid. el Fundamento de Derecho Tercero de la STS, Sala 1º, de 4 junio de 2020 (RJ\2020\1580).

<sup>102</sup> Por todos, NAVARRO MÁÑEZ, M., y OCHOA ARRIBAS, C., *Op. cit.*, Madrid, 2013, p. 97.

2005, (RJ\2005\8274) y 9 de marzo de 2009, (RJ\2009\1129)<sup>103</sup>. En este sentido, el Fundamento de Derecho Tercero de la citada resolución advierte que:

*“En España, la franquicia es un contrato nominado porque está previsto en el ordenamiento, pero sigue siendo atípico porque no goza de regulación legal, lo que ha generado que, al igual que en Francia, la Asociación Española de Franquiciadores se haya dotado de un Código Deontológico, que no tiene efectos imperativos”.*

Por su parte, el legislador ha tratado de incorporar la regulación global del contrato de franquicia en las diferentes propuestas de regulación de los contratos de distribución. No sólo en los distintos textos nacionales como el APLCD (2006), PLCD (2011), la PCM (2013), el PALCM (2018) y la PCC (2016)-ésta última propuesta doctrinal-. sino también, en el DCFR, cuya finalidad es armonizar el Derecho europeo de contratos. Así las cosas, los textos han adoptado distintos conceptos, más o menos completos, y han optado por incluir un concepto del contrato de franquicia, distinguiendo entre la distribución franquicia y la franquicia industrial, de cuyas disposiciones se pueden extraer las conclusiones siguientes:

- a) El art. 2 f) PLCD (2011) recoge el concepto enunciado en el art. 62.1 LOCM (1996), cuya definición contractual, como se ha advertido anteriormente, resulta incompleta al no contemplar las principales características del contrato de franquicia. Asimismo, esta propuesta incluye la franquicia en términos generales dentro de los contratos de distribución.
  
- b) El art. 543-2 PCM (2013), al igual que el art. 545-2 f) PALCM (2018) establece que: *“el contrato de franquicia, por el cual el titular de la franquicia, denominado*

---

<sup>103</sup> Así lo expone la ponente D<sup>a</sup> Encarna Roca Trías en el Fundamento de Derecho Tercero de la STS, de 9 de marzo de 2009 (RJ\2009\1192), en relación con el pronunciamiento de la Sala 1<sup>a</sup>, en la STS, de 21 de octubre de 2005 (RJ\2005\8274). En lo que respecta a nuestra jurisprudencia menor, destacan el Fundamento de Derecho Segundo de la SAP de Barcelona de 23 de julio de 2015, (JUR\2015\277132), relativo a la extinción de un contrato de franquicia con la determinación de una zona de exclusiva entre la entidad Utillatges Boy, S.A. y la franquiciadora Fitman, S.A. Otro ejemplo semejante sería la SAP de Barcelona, de 9 de mayo de 2014, (JUR\2014\2090), en su Fundamento de Derecho Segundo, referente a la extinción de un contrato de franquicia, entre las entidades mercantiles Creditservices, S.A. y Skimbau, S.L. La terminación del contrato viene impulsada por la decisión de la franquiciadora de desistir unilateralmente del contrato de manera injustificada con la franquiciada.

*franquiciador, cede al distribuidor, denominado franquiciado, el derecho a explotar en beneficio de éste un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo los signos distintivos y la asistencia técnica permanente del franquiciador, a cambio de una compensación económica y del compromiso de ajustarse en todo momento a las reglas de actuación establecidas*". Este concepto resulta, acertadamente, la definición más ajustada al contenido obligatorio del contrato de franquicia de entre todas las propuestas de regulación de los contratos de distribución. Con todo, tanto ésta como el resto de los textos articulados que contemplan la franquicia de forma estructurada y global, no han entrado en vigor. Por lo que, desafortunadamente para las partes y en lo que a su seguridad jurídica confiere, ninguno de estos textos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

- c) Por su parte, como propuesta doctrinal al respecto, destaca la PCC que, en su art. 5101-1 apdo.5.g) PCC (2016) elaborada por la APCD, paradójicamente, retrocede a la definición de 1996, cuando advierte únicamente que *"los contratos de franquicia en los que el proveedor o franquiciador cede al distribuidor o franquiciador el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de bienes o servicios"*. Por lo que, de aprobarse tal propuesta de Código Civil incluyendo la reforma de los Libros V y VI, sería conveniente introducir un concepto que refleje con mayor grado de precisión el concepto de franquicia. Particularmente, sería conveniente la incorporación de las novedades vigentes del art. 2 RD 2485/1998 de 13 de noviembre, en el que se pone –cuanto menos- de manifiesto las obligaciones del franquiciador de un *"saber hacer"* al franquiciado.

Por último, respecto a las diferencias existentes entre el resto de los contratos de distribución y el de franquicia podemos decir que no son excesivas, aunque resultan determinantes. En lo relativo a la representación y distribución del riesgo, los contratos de distribución y franquicia suelen ser semejantes. Ahora bien, el franquiciado deberá remunerar al franquiciador con un canon de entrada y unos cánones periódicos por diversos conceptos; prestación que no se corresponde con las obligaciones adquiridas por el distribuidor para con el proveedor. Y también resultan evidentes las divergencias entre el sistema de control del franquiciador al franquiciado frente a las relaciones distributivas

de los concesionarios, así como la ejecución del modelo de empresa del franquiciador, cuya identificación de todos los puntos de venta debe ser la máxima<sup>104</sup>.

No obstante, como se ha advertido anteriormente, la diferenciación de la franquicia con otras figuras afines fue puesta de manifiesto en una resolución jurisprudencial europea, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, (hoy, TJUE), de 28 de enero de 1986<sup>105</sup>, considerando que el franquiciador debe transmitir su saber hacer (*know-how*) o asistencia metodológica de trabajo al franquiciado, de modo que éste último pueda aplicar sus métodos comerciales. Igualmente, el franquiciador queda obligado a diseñar, dirigir y sufragar las campañas publicitarias, realizadas por la marca para difundir los productos y el rótulo del franquiciador. Todo ello, a cambio de ciertas condiciones de control por parte del franquiciador y del pago de un canon periódico o porcentaje por parte del franquiciado.

## II. El contrato de agencia: similitudes y diferencias con el contrato de distribución

Aunque es considerado un pacto de distribución en sentido amplio<sup>106</sup>, el contrato de agencia requiere de un epígrafe independiente en este trabajo por la cantidad de supuestos en los que sus disposiciones se aplican por analogía para resolver los conflictos distributivos. La aplicación analógica procede por la identidad de razón existente entre ambos contratos; que son acuerdos duraderos, relacionales y de confianza<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Para profundizar, MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil de franquicia*, Editorial Comares, 2ª Edición, Granada, 2003, pp.13-15.

<sup>105</sup> Vid. caso “*Pronuptia de París GmbH contra Pronuptia de París Irmgard Schillgalis*”, cuya doctrina fue recogida en algunas Decisión de la Comisión y sirvió de fundamento al Reglamento 4087/88, de 30 de noviembre, sobre cláusulas restrictivas exentas de la prohibición. Igualmente, vid. Fundamento de Derecho Segundo de la SAP de Barcelona, de 9 de mayo de 2014, (AC\2014\2090) y Fundamento de Derecho Segundo de la SAP de Barcelona, de 23 de julio de 2015, (AC\2015\277132) relativas a la extinción de un contrato de franquicia, y de franquicia con zona de exclusividad, respectivamente.

<sup>106</sup> Como se ha expuesto en el presente trabajo, los contratos de agencia se han introducido junto a las denominadas modalidades distributivas en sentido estricto en las propuestas de regulación de los contratos de distribución. Particularmente, en los textos articulados de carácter “*Soft Law*” como sucede con el Marco Común de Referencia (en adelante, conforme a sus siglas en inglés, DCFR), cuya finalidad es la armonización de la regulación de los diferentes Estados Miembros de la Unión Europea. Así, la parte E del Libro IV DCFR dispone una regulación común para los contratos de agencia, distribución y franquicia.

<sup>107</sup> Como es sabido, los contratos de distribución son atípicos, por lo que se rigen por lo acordado por las partes y por las normas generales de las obligaciones y contratos. En defecto de pacto, los contratos de distribución pueden regirse por otros contratos parecidos o de la misma naturaleza jurídica que son de aplicación por analogía, habida cuenta la identidad de razón entre ambos pactos. Este es el caso de determinados supuestos de extinción de los contratos de distribución, en los que cabe la aplicación analógica de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, -en adelante LCA- que regula el contrato de agencia.

El contrato de agencia es un pacto típico como consecuencia de la transposición de la Directiva 86/653/CEE (hoy, UE), de 18 de diciembre de 1986<sup>108</sup>; que dio lugar en nuestro ordenamiento a la Ley 12/1992, de 27 de mayo, (en adelante, LCA)<sup>109</sup>. Aunque la Directiva 86/653/CEE fue objeto de evaluación por las Instituciones europeas en 2014 bajo el programa de la Comisión denominado REFIT, se llegó a la conclusión tanto por los Estados Miembros de la Unión como por los sectores abordados que las disposiciones que la Directiva debían mantenerse. Las razones expuestas en el Informe de evaluación de 2015 fueron que se trataba de una normativa respetuosa con el resto de las políticas comunitarias, que sus disposiciones habían facilitado el crecimiento sostenido del sector y que habían generado beneficios sin ocasionar demasiados costes<sup>110</sup>.

La protección que el legislador ha proporcionado al agente comercial mediante la LCA con la regulación de sus derechos y obligaciones no es cuestión baladí. Aunque la extinción del contrato sigue siendo el momento más conflictivo para las partes, la imperatividad de las disposiciones de la LCA (art. 3) ha reducido cuantitativa y cualitativamente la inseguridad jurídica de los contratantes. Con todo, el número de litigios sobre la extinción de los contratos de agencia es todavía notable y no es desdeñable la dedicación que el legislador europeo ha dedicado a las disposiciones relativas a la remuneración del agente y terminación del contrato; excediéndose muy acertadamente, el legislador español, del contenido de la Directiva al contemplar de forma completa la regulación del contrato de agencia (LCA)<sup>111</sup>. Con la particularidad de que, al menos, un tercio de los treinta y un artículos que dispone la LCA, –en total, nueve preceptos- están destinados a la terminación del contrato<sup>112</sup>.

El art. 1 LCA dispone que, se entiende por contrato de agencia al acuerdo por el que: *“una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera*

---

<sup>108</sup> Vid. Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.

<sup>109</sup> Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, en el BOE núm. 129, publicado el 29 de mayo de 1992.

<sup>110</sup> Siguiendo a VÁZQUEZ ALBERT, D., “Marco normativo de la distribución comercial en Derecho español y propuestas de regulación”, *Revista de Derecho*, nº 22, 2017, pp. 3-18.

<sup>111</sup> Así lo expone, PALAU RAMÍREZ, F., “El contrato de agencia”, en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., (Dirs.), *Los contratos de distribución*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, p. 13.

<sup>112</sup> Siguiendo a LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pp. 35 y ss.

*continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones*". Dicho de otro modo, se consideran contratos de agencia aquellos pactos colaborativos celebrados entre empresarios con vinculación estable y caracterizados por la nota de la independencia<sup>113</sup>- entre su empresario y los clientes potenciales reales<sup>114</sup>.

Tanto el concepto doctrinal como el legal puede complementarse con el utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en la STS, Sala 1ª, de 29 de octubre de 2013, (RJ\2013\7033), define el contrato de agencia como aquel *"por el que una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover y concluir por cuenta ajena operaciones de comercio, como intermediario independiente, sin asumir el riesgo de tales operaciones, salvo pacto en contrario"*.

A pesar de las similitudes mencionadas que comparten los contratos de agencia y distribución, existen diferencias notables entre ambas figuras. Por ejemplo, destaca el riesgo que debe asumir el distribuidor a diferencia del agente comercial<sup>115</sup>. En este sentido, *"la autonomía negocial del distribuidor, frente a la dependencia del agente, se manifiesta fundamentalmente en la fase final de la distribución de la mercancía a la clientela al producirse una efectiva reventa de los productos que proceden y suministra el principal"*<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> Respecto a los caracteres del contrato de agencia, Mercadal Vidal destaca la vinculación contractual estable entre principal y agente, la promoción por el agente de los actos de negocio por cuenta y riesgo del principal y la nota de la independencia del agente. Tales matices permiten establecer la distinción frente a los agentes que actúan en régimen laboral, también conocidos como representantes de comercio. Para ampliar, MERCADAL VIDAL, F., "El contrato de agencia", en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial, Novedades legislativas jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 48.

<sup>114</sup> Así lo afirma, LARA GONZÁLEZ, R., *Op.cit.*, p. 29.

<sup>115</sup> En este sentido, en la SAP de Barcelona, de 23 de febrero de 2012 (AC\2012\703) relativa a la extinción de un contrato de distribución, se pone de manifiesto que: *"así como el distribuidor compra y revende las mercancías del fabricante por cuenta y en nombre propios, con la ganancia que representa el llamado margen o beneficio comercial, el agente promueve y, en su caso, concluye la venta de los productos del empresario por cuenta y en nombre del mismo, a cambio de una comisión"*.

<sup>116</sup> Entre otros pronunciamientos, vid. las SSTS, Sala 1ª, de 8 de noviembre de 1995, de 12 de junio de 1999 y de 31 de octubre de 2001.

No obstante, la distinción más relevante entre los contratos de agencia y distribución es, como se ha advertido, el contenido obligacional de los contratos. Como es sabido, el contrato de agencia se regirá por lo dispuesto en la Ley 12/1992, de 27 de mayo<sup>117</sup>, cuyos preceptos tienen carácter imperativo salvo pacto en contrario<sup>118</sup>. Así, el legislador ha identificado al agente como parte débil del contrato, situándole en una posición de inferioridad frente al empresario<sup>119</sup> y le ha dotado de protección. Por su parte, los acuerdos de distribución son atípicos, por lo que se rigen por lo dispuesto por las partes conforme a lo establecido en la teoría general de obligaciones y contratos. Y, frente al agente, el distribuidor no está protegido en el ordenamiento jurídico español para afrontar la terminación de su contrato.

Sin embargo, las cláusulas pactadas por las partes en los contratos de distribución podrán regirse también por otros contratos parecidos o de la misma naturaleza jurídica que son de aplicación por analogía<sup>120</sup>. Este es el caso de algunos supuestos de extinción de los contratos de distribución, en los que cabe la aplicación analógica de la LCA. De hecho, la STS de Pleno de la Sala 1ª, de 15 de enero de 2008, (RJ\2008\1393), indica que la aplicación analógica de la LCA se permite en los casos en que los contratos de distribución<sup>121</sup> se hubieran pactado verbalmente o *“habiéndose documentado, no*

---

<sup>117</sup> Junto con las disposiciones extraídas de la Ley sobre el Contrato de Agencia, el régimen jurídico de los contratos de agencia se completará con las especialidades de los obligaciones y contratos del Código de Comercio (arts. 50 a 63 CCom) y del Código Civil, en todo lo que no se haya integrado en las normas mercantiles. Por todos, PALAU RAMÍREZ, F., “El contrato de agencia”, en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., (Dirs.), *Los contratos de distribución*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, p. 19.

<sup>118</sup> El art. 3 LCA establece: *“En defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa”*.

<sup>119</sup> Así lo expone atinadamente PALAU en su análisis sobre el carácter dispositivo e imperativo de los preceptos que formen parte de la LCA en PALAU RAMÍREZ, F., *Op.cit.*, Barcelona, 2018, pp. 19-20. También reflexiona el autor sobre el carácter imperativo internacional en determinados supuestos del contrato de agencia concluyendo acertadamente que la imperatividad a efectos internos (de la normativa sobre la LCA) no puede resultar equivalente a la imperatividad internacional ni a indisponibilidad. Así, PALAU RAMÍREZ, F., *Op.cit.*, Barcelona, 2018, p. 23.

<sup>120</sup> Sobre la aplicación analógica de la LCA en los contratos de distribución me ocupo en el epígrafe siguiente, *“Atipicidad de los contratos de distribución: Criterios de aplicación analógica de la LCA a los contratos de distribución”* de este trabajo.

<sup>121</sup> Entre los supuestos más frecuentes de aplicación analógica de la LCA a las relaciones distributivas una vez extinguido el contrato, destaca la indemnización por clientela. Sin embargo, la posibilidad de reconocer al distribuidor el contenido previsto para los contratos de agencia conforme establece el art. 28 LCA a la finalización de un contrato por decisión del concedente, fundada en la identidad de razón entre la distribución y la agencia –sea en orden a la captación de la clientela y en el obligado reequilibrio de los contratos de tracto sucesivo a su terminación conforme a la buena fe-, la efectividad de este derecho o cualquier otra disposición queda supeditado a la inexistencia de incumplimiento contractual atribuible al distribuidor. Porque, de igual modo que el distribuidor, mediando el incumplimiento, el agente también

*contuvieran previsión alguna sobre la liquidación de las relaciones entre las partes al extinguirse el contrato*<sup>122</sup>”. Con todo, en ausencia de pacto, cabe precisar que la aplicación por analogía de la LCA para la resolución de las cuestiones litigiosas que se produzcan no es automática. Por lo que, en definitiva, se deberá estar al caso concreto.

Es igualmente inexcusable una brevísima mención a la combinación de los contratos de agencia con otros sistemas de distribución en sentido estricto<sup>123</sup>. Por lo que no es infrecuente en la práctica que las partes celebren contratos mixtos que impliquen una relación comercial de agencia que comprenda también, verbal o expresamente, la distribución de productos por parte del agente en un área geográfica determinada. De este modo, resulta habitual que los contratantes convengan el contenido obligacional de un contrato marco que regule las relaciones distributivas. En relación con este supuesto, destacan, a modo ilustrativo, algunas resoluciones de nuestra jurisprudencia menor, como son las SSAP de Barcelona, de 9 de noviembre de 2017 (RJ\2018\21612), de 13 de abril de 2015, (JUR\2015\151358), y de 20 de mayo de 2015, (JUR\2015\161250), relativas a la extinción de un contrato complejo de agencia y distribución.

En primer lugar, el pronunciamiento de la AP de Barcelona, de 9 de noviembre de 2017, (RJ\2018\21612) versa sobre la extinción de un contrato de agencia entre la sociedad *Masnou Comunicacions S.L.* y la principal *France Telecom España S.A.* (en la actualidad, *Orange Espagne SAU*), cuyas partes *“han discutido sobre la naturaleza del contrato denominado “suministro y distribución”, que la actora califica de agencia mientras que la demandada lo considera de distribución o de naturaleza mixta”*. El Fundamento de Derecho Tercero aborda las tres interpretaciones en que las distintas Audiencias Provinciales y Secciones se han pronunciado sobre la naturaleza del contrato objeto de nuestro estudio. En primer

---

carecería de acción para reclamar derecho alguno. Para profundizar, vid. SSTS, Sala 1ª, de 15 de enero de 2008 (Pleno, RJ\2008\1393), entre otras, 16 de febrero, 30 de abril y 22 de junio de 2010.

<sup>122</sup>La STS, Sala 1ª, 15 de enero de 2008, (RJ\2008\1393), fue dictada por el Pleno de la Sala 1ª y está considerada un referente entre la doctrina jurisprudencial respecto a la aplicación analógica de la LCA en los supuestos de extinción de los contratos de distribución. Entre ellas, destacan las SSTS, de 15 de marzo de 2011 y de 29 de octubre de 2013, y respecto de las Audiencias Provinciales, destacan –entre otras– las SAP de Barcelona de 23 de febrero de 2012, (AC\2012\703), 13 de enero de 2014, (JUR\2014\52504), 13 de abril de 2015, (RJ\2015\151358) y de 20 de mayo de 2015, (JUR\2015\161250).

<sup>123</sup> La adopción de un determinado sistema de distribución puede ser puro o mixto. El Derecho permite que las partes extablezcan las cláusulas que estimen por conveniente en un contrato marco, tal y como advierte el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255CC),

lugar, se pone de manifiesto que *“es mayoritaria la posición de quienes tanto como un contrato atípico de naturaleza mixta que participa tanto el contrato de agencia como de concesión o distribución, aunque con tintes predominantes del primero (...) como la que se entiende que se está ante un contrato de agencia (...) en posición adoptada por numerosas Audiencias respecto de la otra apelada, Retevisión o su sucesora Telecom, y de la que son ejemplo las SSAP Asturias (Sec 5º), de 2 de febrero de 2009, o (Sec 7ª) de 14 de julio de 2011, SAP de Barcelona (Sec 1ª) de 4 de septiembre de 2011...”*. Continúa, en segundo término, el citado Fundamento considerando que, *“en el mismo sentido de naturaleza mixta y en relación a idéntico contrato que el de autos –SAP Barcelona, de 9 de noviembre de 2017- se pronuncia la SAP de Asturias, de 27 de junio de 2017, cuando dice que la calificación que mejor conviene a la relación constituida entre las partes es la suma de sendos contratos, de distribución y de agencia”*. Con todo, el pronunciamiento concluye advirtiendo que: *“la controversia sobre la naturaleza del contrato y su denominación o calificación resulta irrelevante, habida cuenta que la jurisprudencia viene admitiendo la aplicación a este tipo de contratos por analogía, aunque no de forma automática, de preceptos que regulan el contrato de agencia, entre ellos el relativo a la indemnización por clientela”*.

Por otra parte, la SAP de Barcelona, de 13 de abril de 2015, (JUR\2015\151358), relativo a la extinción de una relación contractual entre la mercantil (Signat S.A.) y las bodegas del Grupo Pesquera, para la comercialización del vino tinto en Navarra, Huesca, Guipúzcoa, Zaragoza, Valencia, Islas Baleares, Gerona, Lleida, Tarragona y Barcelona, además de Andorra. En la resolución se expone que *“es un hecho no controvertido que las litigantes habían mantenido una relación de agencia, admitida por la parte demandada en su escrito de demanda, pero también una relación de distribución, y si bien este negocio fue negado por instancia por la parte demandada, ha sido finalmente aceptado tras la sentencia allí recaída, aunque con la particularidad que a la misma otorga la indicada resolución, esto es, la de confluir con el contrato de agencia generando “contrato de agencia y distribución mixta”<sup>124</sup>*. Con todo, esta resolución nos resulta

---

<sup>124</sup> Para profundizar, vid. el Fundamento de Derecho Quinto de la SAP de Barcelona, de 13 de abril de 2015, (JUR\2015\151358).

verdaderamente importante en la medida que afecta a la extinción del contrato y a los efectos patrimoniales derivados de la terminación. Así, se expone en el Fundamento de Derecho Primero de la presente resolución, cuando se pronuncia: *“Seguido el relato expuesto en la demanda la entidad demandada la entidad demandada remitió fax en fecha 11 de octubre de 2010 manifestándole la extinción del contrato existente entre ambas compañías, sin distinguir si se refiere al contrato de agencia o de distribución alegando el impago producido por la distribución de sus productos”*.

Por su parte, la jurisprudencia europea del contrato de agencia ha profundizado en uno de los aspectos más controvertidos de la extinción del contrato de agencia que es la remuneración del agente y, en particular, el cálculo de dicha indemnización, una vez finalizadas las relaciones contractuales. A modo ilustrativo, destaca la sentencia TJUE, de 26 de marzo de 2009 del caso Turgay que prevé que el cálculo de la compensación por clientela debe hacerse de forma analítica siguiendo lo establecido en el artículo 17.2 de la Directiva<sup>125</sup> conforme a criterios de equidad; mientras que en la jurisprudencia española, el Tribunal Supremo parece ignorar las resoluciones europeas en este extremo, en la medida que, por ejemplo, la STS, Sala 1ª, de 3 de junio de 2015 no se implementa el método para la determinación de la compensación por clientela diseñado en la jurisprudencia europea. Con todo, si bien resulta un aspecto importante de la extinción de los contratos de agencia, este extremo no se abordará en el presente trabajo de investigación considerando que, como tal, no supone una de las principales causas de extinción, sino que, se trata de un método de cuantificación de la indemnización de forma sistemática o mecánica que recibe el agente y que se produce una vez terminadas las relaciones entre las partes.

---

<sup>125</sup> PALAU RAMÍREZ, F., *Op. cit.*, 2018, pp.57-59.



## Capítulo 2. Panorama normativo sobre los contratos de distribución comercial

**SUMARIO: I. Visión internacional de los contratos de distribución.** 1.1. Análisis de los *Principios Unidroit*. 2. Derecho europeo de contratos. 2.1. Principios PECL (2000). 2.2. Marco Común de Referencia (DCFR). **II. Panorámica comparada en los contratos de distribución.** 1. Derecho anglosajón: una visión comparativa de los contratos de distribución en el *Common Law*. 1.1. Derecho inglés. 1.2. Acerca del Derecho estadounidense. 1.3. Mirada comparativa sobre las causas de extinción de los contratos de distribución entre los ordenamientos jurídicos del *Common Law*. 2. Derecho continental: 2.1. Breve mención al Derecho belga. 2.2. Derecho francés. 2.3. Derecho italiano. **III. Propuestas nacionales de regulación de los contratos de distribución.** **IV. Atipicidad de los contratos de distribución.** 1. Criterios de aplicación analógica de la LCA a los contratos de distribución. 2. El principio de buena fe como elemento integrador.

### I. Visión internacional de los contratos de distribución

La celebración de contratos de distribución va más allá del espacio delimitado por las fronteras de los Estados y de sus distintos ordenamientos jurídicos. El alcance internacional en el sector distributivo es el resultado de la creciente interdependencia económica y de las relaciones comerciales supranacionales, consolidadas por la globalización e impulsadas por la celebración de contratos que condicionan las relaciones entre las partes; quienes articulan las redes de distribución de los negocios internacionales.

Considerando el mencionado contexto supranacional, destacan una serie de textos denominados *soft law* o “derecho ligero” que, siendo elaborados por grupos doctrinales, académicos o instituciones, tienen por objeto la armonización de los pactos internacionales y el propósito de anticiparse a los distintos desafíos de jurisdicción. Se trata, por tanto, de interpretar uniformemente los contratos en los que intervengan varias jurisdicciones y sus distintas legislaciones nacionales. A modo ilustrativo, a escala internacional cabe mencionar, el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (1980) y la labor del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado<sup>126</sup>, -que dio origen a los denominados *Principios Unidroit (1994)*-, la actividad

---

<sup>126</sup> El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado se creó como un órgano auxiliar de la Sociedad de Naciones en 1926. Después de su disolución fue recuperado en 1940 en virtud de un Tratado

Derecho Mercantil de Naciones Unidas conocida como UNCITRAL<sup>127</sup>, y la función de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI). Por su parte, dentro del ámbito continental, conviene traer a colación algunos ejemplos de las diferentes corrientes armonizadoras del Derecho contractual europeo como son los Principios del Derecho europeo de contratos (en adelante, PECL, derivados de sus siglas en inglés, 1990), los principios del Modelo de Derecho privado europeo o marco común de referencia (DCFR, al igual, de sus siglas en inglés, 2008), y más recientemente, la Propuesta europea relativa a la compraventa europea (CESL,2011).

En línea con lo anterior, no nos detendremos ahora en el examen del contenido exhaustivo de cada uno de los textos europeos, a los que se dedicará un epígrafe autónomo. Se va a profundizar, en este momento, en aquellos proyectos que fomentan el desarrollo de los contratos comerciales internacionales, en general y en el alcance de los *Principios UNIDROIT* (en adelante, PU). Asimismo, se examinarán sus diferencias con la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

Ciertamente, a diferencia de otros instrumentos jurídicos como los créditos documentados y editados por la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI), los PU tratan de corregir muchas de las deficiencias surgidas en el derecho aplicable a los negocios internacionales por parte de múltiples expertos en el seno de una organización intergubernamental<sup>128</sup>. Aunque estos principios no han sido concebidos para una modalidad contractual específica en particular, ni resulta una convención internacional aplicable a modo de ley uniforme para los contratos internacionales, sí que pueden considerarse una base legal que dé lugar a la expresión y contenido de la voluntad de las partes<sup>129</sup>. Especialmente, para aquellas modalidades contractuales atípicas, como es el

---

multilateral que recogió expresamente el Estatuto de UNIDROIT. Para ampliar, y acceder al mismo, vid [www.unidroit.org/en](http://www.unidroit.org/en) (consultado el 08.03.2018).

<sup>127</sup> La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, cuyas siglas en inglés corresponden a UNCITRAL, *United Nations Commission on International Trade Law*) fue establecida por la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante, AGNU) en 1966 mediante la Resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966 con el objeto de promover la remoción de obstáculos jurídicos en el comercio internacional y el propósito de proceder a la armonización e integración del Derecho mercantil internacional.

<sup>128</sup> Siguiendo a PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., “Avances en la aplicación de los *Principios Unidroit* sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelos para los contratantes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2014), Vol. 6 nº 1, p. 254.

<sup>129</sup> Para profundizar en lo relativo a la ley aplicable de los contratos internacionales, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “*Lex Mercatoria y Autonomía conflictual en la contratación transnacional*”, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, Tomo IV, 2004, p. 35.

caso del objeto de estudio de este trabajo de investigación; que no es otro que las causas de terminación de los contratos distribución en sentido estricto.

### **1. Estudio comparativo de los Principios UNIDROIT (1994) y la Convención de Viena (sobre compraventa internacional de mercaderías 1980)**

Desde su primera publicación en 1994, los PU<sup>130</sup>, nacidos con la finalidad de armonización jurídica sustantiva de la parte general de los contratos comerciales internacionales, se presentan como un texto articulado de naturaleza opcional, también denominada *soft law*, cuya aplicación ha servido unificación de los contratos internacionales<sup>131</sup>. Publicados en tres ediciones, la última en 2010, son textos que sirven de complemento para con la primera edición ampliando su contenido de los principios generales para todos los contratos.

En lo que respecta a nuestro objeto de investigación, ciertamente, los PU resultarían una buena solución para la celebración internacional de los contratos de distribución, no sólo por la atipicidad de estos pactos sino también por la conflictividad que supone para las partes la terminación de las relaciones distributivas. Lo que, como se ha advertido anteriormente, supondría una anticipación previsible para frenar dicha litigiosidad consecuencia de los conflictos entre las partes.

Por su parte, la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, CV) de 1980, que resultó un precedente jurídico para la elaboración de estos principios, puede suponer también un referente jurídico para la celebración de contratos de distribución y franquicia. Con la salvedad que, en comparación con los PU, no es un texto de naturaleza *soft law*, sino que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno toda vez que se trata de un Tratado internacional que fue ratificado por España en 1991<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> Aunque el primer borrador de los Principios de *Unidroit* se aprobó en 1971 no fue hasta 1994 cuando se publicó la primera edición de los mismos, considerando elementos normativos de los sistemas del *Common Law* y del Derecho continental.

<sup>131</sup> Es de la misma opinión, PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., *Op. cit.*, 2014, p. 254.

<sup>132</sup> El Instrumento de Adhesión de España a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, se ratificó por España y fue publicado en fecha 30 de Enero de 1991 en el BOE. Para profundizar, vid. BOE-A-1991-252, pp. 3170 a 3719.

Dicho lo anterior, cabe plantearse si, además de inspirar a las partes, las disposiciones de la CV pueden resultar de aplicación analógica para resolver aquellas cuestiones conflictivas que no hayan sido contempladas por los contratantes. Como es sabido, la aplicación analógica de las disposiciones de la LCA no se producirá de forma automática. Por lo que, en menor medida, se apreciará tal aplicación con otros contratos tan dispares con la distribución como puede ser la compraventa. No se aprecia la identidad de razón entre ambas modalidades (compraventa y distribución) puesto que son evidentes las diferencias con un contrato de ejecución instantánea como es la compraventa, para el que tampoco se requiere de un elemento personalísimo.

Por su parte, los *Principios Unidroit* son reglas generales aplicables a los contratos internacionales que igualmente requieren la elección expresa de las partes. En las disposiciones generales se garantiza el principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1.1 PU), el carácter vinculante de los contratos, que, según el art. 1.3 PU podrá ser modificado o extinguido por acuerdo de los contratantes, quienes deberán actuar conforme al principio de buena fe y lealtad negocial en virtud de lo establecido en el art. 1.7 PU. Del mismo modo, resulta interesante para las partes el contenido de las denominadas “cláusulas de integración” que, previstas en el art. 2.1.17 PU<sup>133</sup>, pueden ser incluidas en el contrato. Con todo, la normativa contemplada en los PU en lo relativo a la extinción de los contratos podría concretarse en los puntos siguientes:

- a) A modo de inicio, es destacable el tratamiento jurídico diferenciado de los contratos internacionales en función de su duración. En este sentido, el artículo 5.1.8 PU, relativo a los contratos de tiempo indefinido, reconoce expresamente el desistimiento al disponer que cualquiera de las partes puede resolver el contrato de tiempo indefinido notificándolo con razonable antelación<sup>134</sup>. Si bien, tal

---

<sup>133</sup> El art. 2.1.17° *Principios Unidroit*, relativo a las cláusulas de integración, establece que: “*un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito*”.

<sup>134</sup> Sobre el artículo 5.1.8 PU pueden realizarse dos apreciaciones interesantes. La primera es que el citado precepto reconoce expresamente el desistimiento unilateral como causa de extinción de los contratos internacionales. Aunque la traducción al español del texto original utiliza una terminología poco precisa al mencionar “resolver el contrato” que es, en mi opinión, más próximo al incumplimiento como causa de terminación que a la facultad de extinguir el contrato duradero por una de las partes para evitar una relación perpetua. Sobre este tema, se profundizará en el capítulo relativo al desistimiento como causa de extinción de los contratos de distribución. La segunda es que los *Principios Unidroit* no entran a valorar la

precepto resultaría más preciso si determinara qué periodo de preaviso es razonable para comunicar a la contraparte la terminación del contrato.

- b) Asimismo, además de prever expresamente el desistimiento como causa de extinción de los contratos internacionales, los PU resultan apropiados como régimen contractual aplicable para la extinción de los contratos de distribución en lo que respecta a los dos elementos siguientes: b.1.) en primer lugar, según dispone el artículo 6.2.3 PU, cabe la posibilidad de renegociar los términos del contrato mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en aquellos supuestos de excesiva onerosidad o *hardship* en los contratos internacionales. En su defecto, de no proceder la aplicación de la *rebus*, se daría por finalizado el contrato; b.2) en segundo término, en el apartado 2º del art. 7.3.1 PU<sup>135</sup> se introduce, a diferencia de lo previsto en el art. 1124 CC, una enumeración de los posibles supuestos de resolución por incumplimiento de los contratos internacionales que, aunque resultan una clasificación *numerus clausus*, pueden delimitar y clarificar las causas de resolución por incumplimiento de los contratos de distribución.

En línea con lo expuesto, conviene también traer a colación algunas de las apreciaciones mencionadas en la *Nota del Secretariado del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)*<sup>136</sup> sobre los PU relativos a los Contratos Comerciales Internacionales en el contexto de la crisis sanitaria, social y económica generada por el COVID-19. Especialmente, en lo referente a la interpretación y aplicación de las normas nacionales de la teoría general de obligaciones y contratos, cuyo contenido afecta a supuestos de fuerza mayor, excesiva onerosidad sobrevenida y la posible aplicación de la

---

razonabilidad del preaviso que debería respetar la parte que decide poner fin al contrato en los términos expuestos en el art. 5.1.8 PU.

<sup>135</sup> El artículo 7.3.1.(2) PU dispone que: “*Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento*”.

<sup>136</sup> Para acceder a su contenido en español, vid. la traducción efectuada por Carlos M. DÍEZ SOTO, (catedrático en Derecho civil) en la página web siguiente: <https://www.unidroit.org/spanish/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-s.pdf> (consultado el 15.7.21).

cláusula *rebus sic stantibus*<sup>137</sup>. En este sentido, desde el Secretariado de *Unidroit* se ha tratado de evitar que el recurso a los instrumentos generales provoque el colapso de los tribunales y aumente la inseguridad jurídica propia de la disparidad de criterios de los tribunales que es, a su vez, consecuencia de la lentitud en la construcción de las posiciones jurisprudenciales<sup>138</sup>.

## 2. Derecho europeo de contratos:

Contemporáneamente al desarrollo de una serie de principios internacionales de Derecho mercantil conocidos como PU, se han ido gestando otras iniciativas a escala regional que pretenden la armonización de los ordenamientos internacionales del Derecho de contratos; tanto para facilitar la celeración de dichos pactos como para disminuir las diferencias existentes entre el Derecho europeo continental y la órbita del Derecho anglosajón, también conocido como *Common Law*.

### 2.1. Principios PECL (*Principles of European Contract Law, 2000*)

Entre las propuestas armonizadoras del Derecho europeo de contratos, destaca, en primer lugar, la proposición académica relativa a los Principios de Derecho Contractual Europeo, (en inglés y en adelante, PECL)<sup>139</sup>, conocida como los *Principios Lando*, que pretendió establecer un conjunto de disposiciones aplicables como reglas generales del Derecho de los contratos en la Unión Europea, siempre que las partes decidieran someter su acuerdo a los mismos. O bien, cuando los contratantes no hubieran escogido ningún sistema o normativa legal para regir su pacto; o, incluso, las partes se sirvan de estos principios para aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o la normativa legal aplicable al contrato<sup>140</sup>. En todo caso, el artículo 1:202 PECL pone de manifiesto el principio de libertad contractual que asiste a las partes para celebrar los contratos

---

<sup>137</sup> Se profundizará sobre este particular en el capítulo 4 de la II parte de este trabajo referente a la alteración sobrevinida de circunstancias como causa de extinción de los contratos de distribución.

<sup>138</sup> Para profundizar, vid. DIEZ SOTO, C.M., y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del Covid-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, N° 1, pp. 180-181.

<sup>139</sup> Los PECL, en inglés, *Principles of European Contract Law*, también conocidos como los *Principios Lando* fueron publicados por los Profesores Ole Lando y Hugh Beale en el año 2000. Para profundizar, LANDO O. & BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, The Hague, 2000.

<sup>140</sup> En este sentido, destaca el artículo 1:101 relativo a la Aplicación de los principios. Para la versión en castellano, vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Principios de Derecho europeo de contratos –Comisión Lando–”, en CÁMARA LAPUENTE, S., (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, pp. 193 y ss.

conforme a estos principios excluyendo, de esta forma, la aplicación de su Derecho nacional siempre que las partes actúen conforme a la buena fe<sup>141</sup> y a las disposiciones imperativas que marquen los PECL<sup>142</sup>.

Respecto al tema que nos ocupa, el artículo 1:107 PECL pone expresamente de manifiesto la posibilidad de proceder a la aplicación analógica de estos principios en el caso de proceder a la extinción de un contrato. Además de la aplicación por analogía de los PECL para los supuestos de extinción de contratos de distribución, las partes pueden establecer expresamente en el contrato un conjunto de cláusulas de terminación conforme a lo establecido en estos principios, destacando las cuestiones siguientes:

- a) En lo relativo a la duración de los contratos, las partes podrán establecer relaciones duraderas indefinidas o celebradas por tiempo determinado. De optar por una relación distributiva duradera, el art. 6:109 PECL reconoce el desistimiento al establecer que: *“cualquiera de las partes puede poner fin al contrato de duración indefinida mediante un preaviso de duración razonable<sup>143</sup>”*. Aunque dicho precepto no fija la determinación del preaviso o si éste debe notificarse por escrito, el artículo 1:303 PECL advierte de la necesidad de comunicar expresamente la terminación a la parte desistida y el art. 1:304 PECL establece la regla general para el cómputo de los plazos
  
- b) En segundo término, la resolución por incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato puede resultar supuesto de extinción de los contratos. Considerando el artículo 1:301 PECL, que define que se entiende por incumplimiento<sup>144</sup>, el artículo 8:103 PECL determina los supuestos de

---

<sup>141</sup> Entre los deberes generales de los PECL, el artículo 1:201 apartado 2º, prescribe expresamente la obligación de las partes de respetar el principio de buena fe, no limitar su contenido. Asimismo, el art. 1:202 PECL establece el deber colaborar con la otra parte para que el contrato surta plenos efectos.

<sup>142</sup> No obstante, del art. 1:103 apartado 2º PECL establece que deberán respetarse las normas imperativas del Derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables según las normas de Derecho internacional privado, con independencia de la normativa que rija el contrato.

<sup>143</sup> Resulta interesante que, el prof. MARTINEZ SANZ no haya escogido en su traducción de los PECL un término concreto—sea desistimiento o denuncia— para reconocer la facultad de cualquiera de las partes para terminar un contrato de carácter indefinido. Tampoco en la versión original en inglés de los profesores LANDO y BEALE se opta por la utilización de una acepción concreta para la realización de dicha facultad.

<sup>144</sup> En el artículo 1:301 PECL, se entiende por incumplimiento, la falta de cumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificada, el cumplimiento tardío o defectuoso, así como a la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos, en cuyo caso, se estará a lo dispuesto en el art. artículo 1:301 (4) PECL.

incumplimiento esencial de los contratos<sup>145</sup>; cuyo principal efecto será la resolución por incumplimiento del contrato prevista en el art. 9:301 (1) PECL. Con todo, muy acertadamente, los PECL recogen expresamente en el art. 8:106 la posibilidad de conceder un plazo adicional o prórroga para el cumplimiento del contrato en caso de producirse un retraso no esencial en la prestación pactada<sup>146</sup>.

- c) Otros elementos importantes establecidos en los PECL que pueden condicionar el contenido y la extinción de los contratos de distribución son: por una parte, la posibilidad de introducir una cláusula de integridad (*merger clause*), que implicaría la exclusión del contrato de todos los términos no incluidos en el pacto expreso, siempre que dicha cláusula sea negociada de mutuo acuerdo<sup>147</sup>. Otro aspecto interesante está previsto en el art. 6:102, por el que se reconoce el contenido de las cláusulas implícitas derivadas de la intención de las partes.
- d) Finalmente, cabe mencionar la incidencia que el cambio de circunstancias podría ocasionar en la ejecución de los contratos distributivos<sup>148</sup>. De hecho, el art. 6:111 PECL establece la posibilidad de renegociar los términos del contrato o poner fin al pacto<sup>149</sup> cuando su cumplimiento resulte excesivamente oneroso para una de las partes y ésta no tenga la obligación de soportarlo. Asimismo, se requiere que tal cambio sea posterior a la celebración del contrato y no resulte razonablemente previsible por las partes en el momento de celebración.

---

<sup>145</sup> El art. 8:103 PECL, establece que se producirá un incumplimiento esencial (a) cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato, (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado, (c) o cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.

<sup>146</sup> Será posible resolver el contrato por incumplimiento si una de las partes se ha retrasado en el cumplimiento y la falta de cumplimiento era un elemento esencial del acuerdo. Así lo pone de manifiesto el art. 9:301 (2) PECL en relación con el art. 8:106 (3) del mismo texto legal. Se profundizará, más adelante, sobre este precepto relativo al cumplimiento de segunda oportunidad, como mecanismo previo a la resolución del contrato por incumplimiento, en la STS, Sala 1ª, de 25 de mayo de 2016 (RJ\2016\4103), relativo a la terminación de un contrato de suministro entre la proveedora (Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A., (en adelante, CAF ) y el comprador (Ferrocarriles del Suroeste, S.A., FESUR)

<sup>147</sup> En este sentido, vid. art. 2:105 PECL.

<sup>148</sup> Nos detendremos sobre este aspecto en la segunda parte de este trabajo de investigación relativo a las causas de extinción de los contratos de distribución. En particular, el cuarto capítulo de esa segunda parte aborda la alteración sobrevenida de circunstancias como causa de extinción de los contratos de distribución.

<sup>149</sup> En este sentido, el art. 6:111 (3) PECL dispone: “*Si las partes no llegan a un acuerdo dentro de un plazo razonable, el tribunal podrá: a) rescindir el contrato en una fecha y en los términos que determine el tribunal; o b) adaptar el contrato con el fin de distribuir entre las partes de manera justa y equitativa las pérdidas y ganancias resultantes del cambio de circunstancias*”.

## 2.2. Marco común de referencia (2008)

La parte E del Libro IV DCFR establece para los contratos de agencia, distribución y franquicia unas disposiciones comunes para la duración y extinción de las modalidades contractuales mencionadas. La propuesta que aborda el Marco Común de Referencia no deja de ser un proyecto académico que pretende armonizar el Derecho europeo de contratos basándose en las distintas tradiciones jurídicas europeas. Con todo, desde su aparición este texto ha influenciado notablemente a la doctrina, y, en menor medida, a la jurisprudencia. Esta parte del DCFR ha servido de inspiración para todas las propuestas de regulación de los contratos de distribución de nuestro ordenamiento jurídico que, a día de hoy, han resultado fallidas. Muy particularmente, se desprende la influencia del DCFR en la Propuesta de Código Civil (PCC) elaborada por la APDC (2016)<sup>150</sup>.

Las modalidades contractuales relativas a los contratos de colaboración contempladas en la parte E del Libro IV DCFR son, en esencia, de duración definida o indeterminada. Si las partes han pactado un contrato de duración definida, es posible que los pactos puedan modificarse y convertirse en contratos de duración indeterminada cuando los contratantes decidan renovarlos a su terminación. Ahora bien, si su voluntad pasa por extinguir el contrato, parece razonable la solución propuesta por la DCFR que, como afirma Vaquero Pinto –y cuya opinión me parece compartible-, impone al contratante que no desea renovar el contrato una carga de comunicación al respecto en su art. IV.E.-2:301<sup>151</sup>. El citado precepto dispone que *“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 período 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”*.

---

<sup>150</sup> Así lo afirman GOMEZ POMAR, F., y VIERA GONZÁLEZ, J., (autores Título X, De los contratos de distribución), “Exposición de Motivos”, en APDC, *Propuesta de Código Civil. Libros V y VI*. Editorial Tirant lo blanch, Valencia 2016, p. 66.

<sup>151</sup> En este sentido, VAQUERO PINTO, M.J., “Capítulo 29. Duración del contrato. Extinción del contrato por tiempo determinado y por tiempo indefinido: el preaviso”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 526.

Entre las causas de extinción que el DCFR establece para los contratos de agencia comercial, distribución y franquicia, destaca el desistimiento unilateral, que sólo procede en los contratos de duración indefinida, en virtud de lo establecido en el art. IV.E.-2:302 MCR. Sin embargo, la facultad extintiva del desistimiento exige que la parte que pone fin al contrato comunique a su contraparte su decisión de terminar al contrato respetando un periodo de preaviso. A diferencia del resto de propuestas, en especial, -PALCD (2006), PLCD (2011), PCM (2013) y PALCM (2018)- que siguen la normativa comunitaria relativa a la ley del contrato de agencia<sup>152</sup>, el DCFR ha optado por introducir una fórmula abierta con matices<sup>153</sup> -que ha inspirado la PCC (2016)- y dispone que el plazo de preaviso debe ser razonable para que la parte desistida pueda amortizar sus inversiones. Se considera un periodo razonable, en virtud del art. IV.E.-2:302.3 DCFR, cuando la notificación se realice con una antelación considerando la duración de la relación contractual, las inversiones razonables realizadas y el tiempo necesario para encontrar una alternativa razonable y los usos del comercio. Con todo, este periodo razonable plantea ventajas e inconvenientes que pueden resumirse en flexibilidad e inseguridad jurídica, respectivamente. Aunque puede parecer excesivo el plazo máximo de tres años de preaviso que prescribe como razonable el art. IV.E.-2:302.4 DCFR<sup>154</sup>.

Otra de las posibles causas comunes de terminación de los contratos de distribución que dispone que la parte E del Libro IV –referente a los contratos de agencia comercial, distribución y franquicia- es la resolución por incumplimiento de cualquiera de estos acuerdos de colaboración, que está contemplada en el art. IV.E.-2:304 DCFR. En este sentido, recoge una excepción al principio de autonomía de la voluntad<sup>155</sup>, considerando la ineficacia de cualquier cláusula contractual que permita resolver el contrato por un incumplimiento no esencial<sup>156</sup>. Si bien esta limitación no está prevista en nuestro

---

<sup>152</sup> En particular, estas propuestas han optado por la determinación del periodo de preaviso establecida en el art. 25 LCA, que obliga a preavisar con una antelación suficiente de un mes por año de contrato, con un máximo de seis meses.

<sup>153</sup> El art. IV.E.-2:302.4 DCFR “*se presume 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*”.

<sup>154</sup> Es de la misma opinión, VAQUERO PINTO, M.J., *Op. cit.*, Valencia, 2015, p. 529.

<sup>155</sup> Siguiendo a PUYALTO FRANCO, M.J., “Libro IV. Parte E. Agencia comercial, Franquicia y Distribución. Capítulo 2. Normas que se aplican a todos los contratos a los que se aplica esta parte”, en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (Coords.), *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, pp. 1501 y 1502.

<sup>156</sup> Para profundizar sobre el concepto de incumplimiento esencial en el Marco Común de Referencia (2008) se puede acudir al contenido del art. III.-3:502 DCFR.

ordenamiento jurídico, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que el incumplimiento tendrá virtualidad resolutoria si el incumplimiento es grave y reiterado<sup>157</sup>.

El incumplimiento esencial que impone esta propuesta de armonización del Derecho europeo de contratos se inspira en la Convención de Viena (CV), que reconoce el principio de segunda oportunidad para la subsanación de aquellos incumplimientos que no son graves en un periodo de tiempo, a poder ser, razonable. Esta es la regla que han seguido también otras propuestas de armonización del Derecho europeo de contratos como el mencionado art. 8:106 PECL, u otras propuestas nacionales de regulación de los contratos de distribución, a diferencia de la PCM (2013) o PALCM (2018)<sup>158</sup> que no contemplan el incumplimiento, como establecen el 24.2 PLCD (2011)<sup>159</sup> y el art. 5104-3<sup>160</sup> de la Propuesta de Código Civil elaborada por la APDC (2016).

Por su parte, es destacable el precepto art. 1:110 (1) DCFR que establece la obligación de cumplir una prestación incluso si su desempeño resulta más oneroso, sea porque han aumentado los costes de producción o por el valor de lo que se va a recibir ha disminuido. Con todo, el art. 1:110 (2) DCFR viene a matizar tal disposición al concretar que, si, excepcionalmente, el cumplimiento de la obligación resultare tan manifiestamente injusto para una parte como consecuencia de un cambio sobrevenido de circunstancias, un

---

<sup>157</sup>Entre otras resoluciones, vid. la STS, Sala 1ª, de STS de 2 de octubre de 2012, (RJ\2012\10121). Según la jurisprudencia, para proceder a la resolución por incumplimiento de los contratos, de acuerdo al art. 1124 CC, se requiere de los requisitos siguientes: que se trate de un contrato de prestaciones recíprocas, de un incumplimiento grave y reiterado, y que la parte perjudicada haya cumplido su prestación. Para profundizar sobre el incumplimiento grave y reiterado en los contratos de distribución, vid., pp. 240 y ss de este trabajo.

<sup>158</sup> Se prevé, de soslayo, el incumplimiento como causa de extinción del contrato en el art. 545-20 PALCM (2018) pero no se entra a valorar el principio de segunda oportunidad que sí disponen en resto de propuestas de regulación de los contratos de distribución.

<sup>159</sup> Art. 24.1 y 2 del PLCD (2011) “1. Las partes de un contrato de distribución podrán dar por finalizado el contrato en cualquier momento sin observar plazo de preaviso cuando la otra parte hubiera incumplido de manera grave o reiterada, total o parcialmente, las obligaciones legales o contractuales vinculadas al cumplimiento del contrato y el incumplimiento no fuera subsanado a satisfacción de la parte cumplidora de forma razonable en el plazo establecido. 2. Las partes acordarán un plazo para la subsanación del incumplimiento, en su defecto, este plazo será de 30 días”.

<sup>160</sup> La redacción del art. 5104-3 de la Propuesta de Código Civil elaborada por la APDC es la siguiente: “Las partes de un contrato de distribución, ya sea por tiempo determinado o de duración indefinida, pueden resolver el contrato en cualquier momento sin observar los plazos de preaviso referidos en el artículo anterior cuando la otra parte haya incumplido cualquier obligación legal o contractualmente esencial y que no haya sido subsanada, o no pueda ser subsanada, en un plazo de tiempo razonable”.

tribunal podría variar la obligación para que fuese razonable y equitativa<sup>161</sup>. O bien, poner fin al contrato<sup>162</sup>.

Por último, las disposiciones comunes relativas a los contratos de agencia comercial, distribución y franquicia en el Marco Común de Referencia de la parte E del Libro IV hacen también referencia a los efectos de la terminación contractual de este tipo de contratos. Entre ellas, destacan la indemnización por el fondo de comercio, semejante pero distinta de la indemnización por clientela del art. 28 LCA<sup>163</sup>, establecida en el art. IV.E.-2:305, que se pronuncia a favor de una compensación a favor la parte que haya aumentado de manera significativa el volumen de negocio de su contraparte y siga obteniendo beneficios sustanciales de dicha actividad. La indemnización por el fondo de comercio no impedirá, en virtud de lo establecido en el apdo. 2º del citado precepto, la reclamación de daños y perjuicios establecida en el art. IV.E.-2:303.

## II. Panorámica comparada en los contratos de distribución

Hasta el momento, se han abordado aquellas propuestas de regulación del Derecho europeo de contratos que, o bien han tratado de introducir fórmulas jurídicas comunes en la teoría de obligaciones y contratos de nuestros ordenamientos jurídicos continentales, o, como trató el DCFR, se ha contemplado la regulación europea de los contratos de

---

<sup>161</sup> La aplicación del art. 1:110 (2) DCFR, tal y como establece el apartado (3) del mismo precepto se producirá únicamente si dicho cambio de circunstancias se produjo después del momento de perfección del contrato, el deudor no tuvo en cuenta ese momento, cuando no asumió el riesgo de ese cambio de circunstancias y ha intentado, razonablemente y de buena fe, lograr un ajuste razonable de la prestación que se comprometió a realizar.

<sup>162</sup> En particular, el art. 1:110 (2) (B) DCFR dispone expresamente: “*rescindir la obligación en una fecha y en los términos que determine el tribunal.*” Independientemente de la terminología que, en mi opinión debería ser la de extinguir la obligación en vez de rescindirla, la opción alternativa que dispone tal precepto consiste en poner fin al contrato como consecuencia de una alteración sobrevenida de circunstancia. Sobre este aspecto me detendré en el capítulo IV de la segunda parte de este trabajo de investigación.

<sup>163</sup> En opinión de PUYALTO FRANCO, el Derecho español no regula una compensación como la prevista en el art. IV.E.2:305, porque para contemplar la procedencia de la indemnización por clientela se requiere de la extinción del contrato de agencia, con la concurrencia de los siguientes requisitos a) que el agente hubiera aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, que la actividad del agente pueda continuar ventajas al empresario y que se produzca, en palabras de la autora, “una cláusula de cierre”. Esto es, que se reconozca la indemnización por clientela si resulta procedente equitativa considerando la existencia de pactos de limitación de la competencia. Para ampliar, vid. PUYALTO FRANCO, M.J., “Libro IV. Parte E. Agencia comercial, Franquicia y Distribución. Capítulo 2. Normas que se aplican a todos los contratos a los que se aplica esta parte”, en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (Coords.), *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, pp. 1509 y 1510.

colaboración de forma conjunta, estableciendo disposiciones comunes para el contrato de agencia, distribución y franquicia. Tanto los principios internacionales para la comercialización de bienes y servicios<sup>164</sup> como los principios europeos elaborados por la doctrina o por las Instituciones de Derecho de la Unión Europea, como sucede con el CESL, son propuestas de regulación sin vigencia alguna que pueden servir de inspiración para la redacción de los contratos de distribución, en general, y de sus cláusulas de terminación, en particular.

No obstante, a pesar de lo anterior, resulta conveniente ahondar también en el estudio de otras disposiciones del Derecho comparado de carácter imperativo que, independientemente del principio de conservación de los contratos, puedan condicionar la voluntad de las partes de introducir cláusulas contractuales de terminación de las relaciones distributivas. En esta línea, se va a explorar el contenido de las dos principales familias jurídicas existentes en lo referente a la terminación de los contratos de distribución; contemplando la incidencia de la regulación de esta materia en la órbita de ordenamientos jurídicos que forman parte del Derecho anglosajón o *Common Law* y aquellos Derechos que integran el Derecho europeo continental.

## **1. Derecho anglosajón: una visión comparativa de los contratos de distribución en el *Common Law***

Al igual que en el Derecho español, en los sistemas jurídicos pertenecientes al *Common Law* los contratos de distribución podrán regirse por una normativa específica que determine su contenido. De no existir tal regulación, los contratos serán atípicos y las partes podrán pactar expresamente las cláusulas que estimen por conveniente en virtud del principio de libertad contractual (*doctrine of freedom of contract*). De este modo, las partes determinarán la modalidad contractual distributiva que prefieran, así como las causas y consecuencias de su terminación. En particular, se concretará la duración del contrato, los supuestos de incumplimiento esencial, la terminación del contrato mediante el desistimiento facultativo unilateral (*unilateral withdrawal* en Derecho de consumo, o *termination at will* para las relaciones contractuales entre empresarios)<sup>165</sup> siempre que se

---

<sup>164</sup> En este punto cabe traer a colación la excepción de la CV para la compraventa internacional de mercaderías que, como se ha puntualizado anteriormente en el texto, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico al ser ratificada por España y posteriormente ser íntegramente publicada en el BOE.

<sup>165</sup> Sobre la cuestión terminológica, la doctrina británica identifica al desistimiento unilateral como el *termination at will*, o (*terminable-at-will contracts*) si las partes así lo han previsto en el contrato mediante

dote a la parte afectada de un plazo de preaviso que consideren razonable para amortizar sus inversiones<sup>166</sup>.

A modo de ilustración, se traen a colación las palabras de WHITTAKER<sup>167</sup>, en las que se plantea textualmente: “*Does the parties’ bilateral power allow them to create a contingent unilateral power of termination overriding the rules which the common law would otherwise provide to govern these circumstances?*”. A lo que da respuesta siguiendo las instrucciones de BEALE en *Chitty on Contracts*<sup>168</sup>: “*The traditional general response to these questions is clear: the parties are free to stipulate such a termination clause which takes effect on its terms following the principle of the binding force of contracts. So, such a contract terms does not have to pass a threshold of fairness or reasonableness to be valid*”.

---

una cláusula de extinción (*termination clause*) contractual. Para profundizar sobre este asunto, UJVÁRI presenta una interesante clasificación terminológica relativa al desistimiento contractual en las Directivas comunitarias. Aunque el estudio está principalmente orientado al Derecho de consumo, UJVÁRI enumera todos y cada uno de los términos que la Comisión Europea ha utilizado para abordar el tratamiento jurídico del desistimiento (*right of withdrawal*) en inglés, francés, alemán, español y húngaro. Resulta paradójico, por otro lado, que omita mencionar la figura del *recesso italiano*, regulado en el artículo 1373 del *Codice Civile*. Asimismo, puede resultar sorprendente al lector si la Comisión Europea utiliza indistintamente en inglés, los términos *right of withdrawal*, *right of renunciation* o *right of cancellation*. Especialmente por todos los matices y diferencias existentes entre ambas figuras. Con todo, más llamativo resulta el uso semejante del derecho de rescisión, de renuncia y de resolución (cuya implicación está más relacionada con el artículo 1124 del Código Civil), y por otro lado, la ausencia de los términos denuncia unilateral o desistimiento. Por último, es realmente confusa la utilización en alemán de dos términos tan opuestos como el derecho de resolución contractual (*Rücktrittsrecht*) regulado en los artículos 346 al 361 del Código Civil alemán (en adelante, BGB) y la omisión del desistimiento (*Kündigung*). KLEIN sostiene que aunque ambas figuras coinciden en el presupuesto de su nacimiento y deben basarse en circunstancias que hacen imposible la continuación del vínculo contractual, la resolución del contrato es más restringida que el desistimiento, ya que la primera debe fundamentarse en la imposibilidad o retraso imputable a la parte que no cumple y, la segunda, en una justa causa. Véase, KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, pp 38-39. Para profundizar en la terminología, UJVÁRI, E., “Uniform Technology and Modalities for rights of withdrawal”, en AGANI, G., y EBERS, M., *Uniform Terminology for European Contract Law*, Ed. Nomos, Múnich, 2005, pp. 273 y ss.

<sup>166</sup> Así lo considera, PALAZÓN GARRIDO, M. L., “Cláusulas de vigencia, terminación y desistimiento en contratos de tracto sucesivo” en SÁNCHEZ LORENZO, S. A. (Coord.), *Práctica profesional: Cláusula en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Ed. Atelier, Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, pp. 467-8. En Derecho europeo, vid. el artículo 6:109 (Contratos de duración indefinida) de los *Principles of European Contract Law* (en adelante, PELC). Del mismo modo, en un estudio de Derecho comparado, BONITO OLIVA, A., *Contracts for an indefinite period...*, “Chapter 6, Contents and effects”, en ANTONIOLLI, L., and VENEZIANO, A. (Edited), *Principles of European Contract Law and Italian Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, pp. 301-304.

<sup>167</sup>Por todos, WHITTAKER, S., “Termination clauses” (Ch. 13), en BURROWS and PEEL, (Eds.), *Contract terms*, OUP, Oxford, 2007, p. 253 y ss.

<sup>168</sup>Vid. BEALE, H., en *Chitty on Contracts*, 29th Ed., Vol.1, párrafo 22-047, Sweet & Maxwell, London, 2004.

Del mismo modo sucede en el *Common Law*, cuando las partes deciden, se puede pactar una cláusula (*termination clause*) dotada de un periodo de preaviso razonable. Si las partes hubieran previsto el desistimiento *ad nutum* en el contrato según las disposiciones y los principios que fundamentan el *Common Law*, no habría nada más que decir y estos pactos serían inatacables con carácter general (*sanctity of a contract*)<sup>169</sup>. No obstante, ¿cabe la posibilidad de introducir algún control en lo contractualmente pactado por las partes?

La regla general establece que los contratos son irrevocables y su alteración por jueces o tribunales supondría la vulneración del principio de libertad contractual (*freedom of the parties*). Sin embargo, a modo de excepción, los contratos podrán ser objeto de la intervención por el legislador a los efectos de conciliar los distintos intereses en juego, o mediante el control específico previsto para las condiciones generales de contratación en casos muy restringidos.

### 1.1. Derecho inglés:

Los ordenamientos jurídicos que forman el *Common Law* no pueden tratarse como compartimentos estancos. Existen diferencias notables entre el Derecho inglés y estadounidense en cuestiones tan relevantes como la intervención del legislador para regular determinados contratos, el establecimiento de mecanismos de control de las condiciones generales de contratación o la aplicación de la doctrina de los términos implícitos (*implied terms*) que en Estados Unidos integra el principio de buena fe (*good faith*).

En el Derecho inglés –como principal exponente del *Common Law*- no cabe la intromisión judicial en el acuerdo expresamente previsto en un contrato, incluso cuando se trate de un incumplimiento parcial cuestionándose la gravedad de este. A modo de

---

<sup>169</sup> En este sentido, Ed. BIRDS, BRADGATE AND VILLIERS, *Termination of contracts*, Institute for Commercial Law Studies, University of Sheffield, Contract Law Series (United Kingdom), 1995, p. 5, establecen que los principios que caracterizan el Derecho de contratos inglés son el principio de libertad contractual y el de obligatoriedad de los contratos, sin que se admita cualquier intromisión judicial en lo pactado por las partes que libere a las mismas de las obligaciones que hubieren decidido contraer. Concretamente: “*However, in a system whose guiding principles are freedom and sanctity of contract the court will be reluctant to allow a party to escape from an obligation undertaken voluntarily*”.

ilustración destaca el caso *Union Eagle Ltd. v. Golden Achievement Ltd. (1997)*<sup>170</sup> en el que una de las partes pidió la resolución del contrato por incumplimiento contractual por existir una demora de diez minutos. La razón de base radica según O’SULLIVAN en que el tiempo era un elemento esencial del contrato y los tribunales británicos optaron escrupulosamente por garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad del contrato desestimando así la demanda interpuesta por el comprador<sup>171</sup>. Con todo, el incumplimiento parcial al que se hace referencia en este caso<sup>172</sup>, no debe confundirse con la falsa resolución por incumplimiento alegada por el fabricante o proveedor para evitar que se genere una indemnización en favor del distribuidor. De hecho, no es infrecuente en la práctica española, que al finalizar el contrato el fabricante o proveedor enmascare la terminación del contrato por desistimiento unilateral mediante la resolución por

---

<sup>170</sup> Vid. *Union Eagle Ltd. v. Golden Achievement Ltd* [1997], 2 All ER, 215. En este caso, las partes habían pactado un contrato de compraventa de un piso. Se había fijado fecha y hora de cumplimiento, (antes de las 5pm) y la compradora había abonado un depósito que ascendía al diez por ciento de la cantidad total. El vendedor se quedó con el depósito abonado y resolvió el contrato por incumplimiento porque el cheque del comprador llegó diez minutos tarde respecto de la hora acordada. En el presente caso, se muestra el respeto de los tribunales británicos al acuerdo expresamente fijado por las partes considerando el tiempo como uno de los elementos esenciales del contrato. Por todos, O’SULLIVAN, J. and HILLIARD, J., *The Law of contract*, OUP, 6th Ed., Oxford, 2014, pp.365-66.

<sup>171</sup> La seguridad jurídica resulta uno de los argumentos más valiosos en el Derecho de contratos de los sistemas jurídicos que componen el *Common Law*. Así lo pone de manifiesto FARNSWORTH haciendo hincapié en las opiniones del Judge EASTERBROOK, que, en el caso *Kham & Nate’s Shoes N<sup>o</sup>2 v First Bank 908 F 2d 1351 [1990]*, establece: “...any attempt to the exercise of contractual privileges would reduce commercial certainty and breed costly litigation”. Por si resulta de interés, FARNSWORTH, A., “Good faith in contract performance”, en BEATSON and FRIEDMANN, D., *Good faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p.168.

<sup>172</sup> En este sentido, VÁZQUEZ ALBERT, D., “La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales”, en *Los contratos de Distribución Comercial: Novedades legislativas y jurisdiccionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 165. Ahora bien, aunque en *Union Eagle Ltd. V. Golden Achievement*...se ha celebrado un contrato de compraventa resulta conveniente mencionar el paralelismo que existe entre este y los contratos de distribución. En primer lugar, porque el Derecho de contratos en los sistemas jurídicos que forman el *Common Law* no se ha configurado como una disciplina sustantiva sino procesal. De ahí, que se hable de “*Law of Contract*” en singular con independencia de las diferentes modalidades contractuales que existen. En este sentido, véase, O’SULLIVAN, J. and HILLIARD, J., *The Law of contract*..., cit., pp. 1 y ss. En segundo término, porque la jurisprudencia estadounidense aplica el artículo II del *Uniform Commercial Code* (en adelante, UCC) indistintamente a los contratos de compraventa y/o distribución. Por si resulta de interés, KNAPP, cita textualmente, “*Article II of the UCC applies to transactions involving good and merchandise*”. Y haciendo uso de las palabras de ANDERSON, continúa: “*A contract between an automobile manufacturer and an automobile dealer is a contract of sale since it is apparent that it’s over all purpose and object is to effect the sale of the automobiles manufactured by the manufacturer, and the fact that it may speak in terms of franchise does not change its true character*”, véase KNAPP, C.L., CRYSTAL, N.M. and PRINCE, H.G., “*Supplementing the Agreement: Implied terms, the obligation of Good Faith, and Warranties*”, en *Problems in Contract Law, Cases and Materials*, Wolters Kluwer, 6<sup>th</sup> Ed., New York, 2007, p. 443.

incumplimiento del distribuidor, induciendo a un error al tratar de encubrir un desistimiento que debe distinguirse de los verdaderos incumplimientos<sup>173</sup>.

Así mismo, tal y como se desprende de las palabras de Whittaker y Beale, no existirá conflicto alguno en el Derecho inglés si las partes han acordado la posibilidad de desistir unilateralmente del contrato en los contratos indefinidos o de larga duración. Tampoco supondrá un inconveniente para las partes –como se expondrá más adelante- si éstas no lo hubieran previsto en el contrato siempre que su duración sea indeterminada. Ahora bien, no cabe deducir ni interpretar el desistimiento unilateral en los contratos de duración determinada que no haya sido previsto expresamente en el contrato. Incluso si el desistimiento unilateral se le notifica a la otra parte dentro de dicho periodo o plazo.

Un buen ejemplo de ello es el caso *Kirkless M.B.C. v. Yorks Woollen District Transport Co. (1978)*<sup>174</sup> donde las partes han fijado un plazo de determinado de ejecución y el desistimiento unilateral *ad nutum* supondría una interpretación distinta de lo que realmente se acordó<sup>175</sup>. La doctrina es unánime en cuanto a la terminación de los contratos de duración determinada. Sin embargo, al tratar los contratos de larga duración algunos autores como TREITEL van más allá afirmando que los tribunales tienen mayor “flexibilidad” en la extinción del contrato puesto que cabe aplicar la doctrina de los términos implícitos. Y en este caso, a diferencia de *Kirkless M.B.C. v. Yorks Woollen District Transport Co.*, si resulta posible el desistimiento estableciendo un plazo de preaviso razonable.

Por otra parte, el legislador inglés no ha procedido a la regulación de determinados contratos –como sucede en nuestro objeto de estudio- para no limitar la voluntad de las partes (*freedom of the parties*), cuya influencia condiciona el Derecho de contratos inglés. Pero ¿qué ocurre si efectivamente se ha producido una falta de justicia conmutativa *inter partes* en la fase de negociación del contrato?

---

<sup>173</sup>Para ampliar, LASCORZ COLLADA, M.C., Análisis jurisprudencial sobre la extinción de los contratos de distribución”, *Aranzadi civil-mercantil, Revista doctrinal*, ISSN 2174-1840, Vol. 1, Nº. 11 (marzo), 2014, pp. 63-99.

<sup>174</sup> Vid. *Kirkless M.B.C. v. Yorks Woollen District Transport Co. [1978] 76 LGR 448*, “Where a contract states a specific period of its duration, the courts will not imply a right to terminate it upon notice within that period”. Por todos, BELL, J., *The effect of Changes in Circumstances...* pp.306-307.

<sup>175</sup>Vid. TREITEL, G.H., *The Law of Contract*, Stevens, 6th Ed., London, 1983, p. 664.

Excepcionalmente, es posible que intervengan los tribunales para controlar las actuaciones oportunistas de las partes ante una falta de justicia conmutativa. De hecho, ésta se desnaturaliza cuando existen desigualdades en el poder de negociación, y, por tanto, no puede predicarse, sin más la razonabilidad de cualquier cláusula contractual consentida por la parte débil de un contrato no negociado<sup>176</sup>. He aquí cuando se produce la alteración del principio de razonabilidad y se atribuyen a los jueces y tribunales las facultades para corregir los desequilibrios existentes en las relaciones contractuales de comercio (*restraint of trade*). Siguiendo a Lord WILBERFORCE, de la Cámara de los Lores, “...*the doctrine of restraint of trade is one to be applied to factual situations with a broad and flexible rule of reason*”.

A modo de ilustración, cabe hacer hincapié en el caso de *Esso Petroleum Ltd. v Harper's Garage (Stouport) Ltd. (1968)*<sup>177</sup>, cuando se reconoce a cualquiera de las partes la facultad de desistir unilateralmente del contrato si su duración es indeterminada y puede proclamarse la máxima que, en todo caso, los tribunales británicos sancionarán con la nulidad los contratos que estipulen relaciones perpetuas o *sine die*<sup>178</sup>.

La primacía del principio de libertad contractual ha generado que la mayor parte de la doctrina inglesa tan sólo considere oportuna la regulación de determinados contratos en casuísticas muy concretas. En la mayoría de los casos, estos contratos son fruto de la

---

<sup>176</sup> Para comprender el término de justicia conmutativa, véase NICOLAU, N.L., “El principio de razonabilidad en el Derecho Privado”, *Revista de Derecho Privado (RPD)*, enero-febrero, 2010, p. 12.

<sup>177</sup>En el caso *Esso Petroleum Ltd. v Harper's Garage (Stouport) Ltd. [1968] AC 269 (HL)*, los demandantes consideraban que el periodo de duración del contrato no era razonable. Se trataba de dos contratos de arriendo para suministro de petróleo en dos garajes distintos. De un lado, la celebración de un contrato de menos de cinco años resultaba según el demandante del todo insuficiente para amortizar las inversiones realizadas en el primer garaje. Sin embargo, la Cámara de los Lores estimó que este primer contrato era razonable y vinculante (*reasonable and enforceable*). De otro, la celebración de un contrato por un periodo de duración superior a veinte años (21 años) no resultaba razonable (*unreasonable*) y era perjudicial para los intereses del arrendatario puesto que dichas relaciones contractuales resultaban permanentes o perpetuas. Para profundizar, O'SULLIVAN, and HILLIARD, J., *The Law of contract...*, OUP, 6ed., Oxford, 2014, cit. (W.2.24). consultado el 14.11.2014: ([www.oxfordtextbooks.co.uk/orc/osullivan6e/](http://www.oxfordtextbooks.co.uk/orc/osullivan6e/)) De este modo, la Cámara de los Lores estimó que el periodo de duración del contrato no era razonable (el contrato B). Cito textualmente: “*Positively, there are likely to be certain sensitive areas as to which the law will require in every case the test of reasonableness to be passed*”.

<sup>178</sup>Por todos, BELL, J., “The Effect of Changes in Circumstances...” p. 204, cita textualmente: “*It is notice that, in any case, the courts will not permit contracts which are of an excessively long duration and may hold them void*”.

trasposición de Directivas comunitarias como sucede con la Ley del contrato de agencia británica (*United Kingdom, Commercial Agency Act, n°3053, 1993*<sup>179</sup>). Aun así, el legislador británico ha tratado de procurar que las partes puedan negociar en igualdad de condiciones, o que la considerada parte débil pueda incorporar las cláusulas necesarias para la protección de sus intereses. En este sentido, ante los contratos de adhesión las partes cuentan en el Reino Unido con un doble marco de protección a diferencia del sistema continental europeo. De hecho, aunque en España la doctrina especializada ha puesto de manifiesto la necesidad de proteger a la parte más vulnerable -en especial, a las empresas *pymes*- la Ley de condiciones generales de contratación, de 13 de abril de 1998, tan sólo compensa el posible desequilibrio entre las partes si los adherentes son consumidores. En cualquier caso, el marco legislativo británico no es comparable con la protección sectorial que ha procurado el legislador estadounidense al distribuidor o franquiciador.

- a) El primer instrumento es la *Unfair Contract Terms Act* (en adelante, UCTA), de 26 de octubre de 1977, cuya finalidad es proteger a los contratantes débiles, sean estos consumidores o empresarios. No obstante, su alcance es limitado porque se excluyen expresamente determinados contratos<sup>180</sup>, y tan sólo comprende la protección en las cláusulas de exclusión y de la limitación de la responsabilidad civil (*exemption or exclusion clauses*)<sup>181</sup>. En los contratos de distribución son frecuentes las cláusulas por las que un empresario –principalmente, proveedor o franquiciador<sup>182</sup> a excepción de la cadena alimentaria, donde el proveedor es agricultor o ganadero- se reserva el derecho a finalizar el contrato sin alegar causa alguna o sobre la base de una falta muy leve por parte del adherente, mientras que éste –distribuidor o franquiciado- se ve mucho más rigurosamente atado por el contrato. Para la validez de una cláusula se debe valorar si su inclusión en el

---

<sup>179</sup> Al igual que la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia, la *Commercial Agency Act* es fruto de la trasposición de la Directiva 86/653/CEE de 18 de diciembre de 1986. Para profundizar, véase, Statutory Instruments, 1993, No. 3053 The Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993 Made 7th December 1993 Laid before Parliament 8th December 1993 Coming into Force 1st January 1994 (consultado el 06.11.2014) en <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1993/3053/made>.

<sup>180</sup> Se excluyen los contratos de seguro, los relativos derechos inmobiliarios, los contratos que regulan derecho de marca y autor, los contratos de sociedad, los contratos de sobre operaciones mobiliarias y algunos contratos marítimos.

<sup>181</sup> Por todos, CHRISTOU, R., *Drafting Commercial Agreements*, Thomson Reuters, 5<sup>th</sup> Ed. London, 2011.

<sup>182</sup> Para corregir este desequilibrio el legislador español dotó de protección al agricultor-proveedor con la entrada en vigor de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

contrato es justa y razonable (*fair and reasonable*). Pero, en estos casos, las Comisiones de Derecho inglés y escocés afirmaron en 2005 que no consideraban oportuno intervenir en contratos entre empresarios cuando existió una negociación equitativa siguiendo el test de razonabilidad que establece la UCTA<sup>183</sup>. Con todo, el criterio para la valoración del carácter no equitativo (*unfair*) de las cláusulas de exclusión y limitación de la responsabilidad contractual se aplicará sólo a microempresarios<sup>184</sup> respondiendo a una singularidad propia del Derecho inglés muy desconocida hasta hace poco en el Derecho continental<sup>185</sup>. La importancia del principio de razonabilidad va más allá de la función integradora que desempeña el *implied term* en defecto de pacto. Su relevancia se pone de manifiesto en la influencia que el *Common Law* -y en particular, el Derecho inglés- ha proyectado sobre el Derecho comunitario con la incorporación de este principio en las Directivas Europeas<sup>186</sup>. Entre ellas, las Directivas 86/653/CEE y 1999/44/CE, de modo que el principio de razonabilidad se convierte en un elemento del Derecho interno de cada uno de los Estados que forman la Unión Europea.

- b) En segundo término, el Reino Unido promulgó –como consecuencia de la transposición de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas- la *Unfair*

---

<sup>183</sup> En los Arts. 6(3) y 7(3) [sections 20 (2) (ii) y 21 (1) (a) (ii) de la UCTA se encuentra contenida la regulación actual relativa al principio de razonabilidad.

<sup>184</sup>El Departamento de comercio e industria utiliza normalmente las siguientes definiciones: *micro firm*: 0-9 empleados; *small firm*: 0-49 empleados (incluye también a las microempresas); *medium firm*: 50-249; *large firm*: más de 250 empleados. A escala comparativa, CHAMORRO DOMÍNGUEZ, –que señala las diferencias entre el legislador británico y el comunitario- apunta que en Reino Unido no se tiene en cuenta la variable del volumen de negocios mientras que para la Unión Europea una *pyme* sería un comerciante que emplea a menos de doscientos cincuenta personas. Para profundizar, CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M.C., “Capítulo IX. Control de las condiciones generales de contratación en los contratos celebrados entre empresarios: retrospectiva, perspectiva comparada y prospectiva de futuro”, en VIERA GONZÁLEZ, A. J. (Dir.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Editorial La Ley, Madrid, 2013, p. 309.

<sup>185</sup>La importancia del principio de razonabilidad va más allá de la función integradora que desempeña el *implied term* en defecto de pacto. Su relevancia se pone de manifiesto en la influencia que el *Common Law* -y en particular, el Derecho inglés- ha proyectado sobre el Derecho comunitario con la incorporación de este principio en las Directivas Europeas. Entre ellas, las Directivas 86/653/CEE y 1999/44/CE, de modo que el principio se convierte en un elemento del Derecho interno. Además, véase la influencia del legislador británico en algunos textos *soft law* del Derecho europeo en los *PECL*. El principio de razonabilidad (*principle of reasonableness*) se regula en el artículo 1.302 *PECL*. En este sentido, BONITO OLIVA, apunta que se entiende por periodo de preaviso razonable en dicho precepto. Véase, BONITO OLIVA, A., “Contracts for an indefinite period... “Chapter 6, Contents and effects”, *Principles of European Contract Law and Italian Law, (A commentary)*, Kluwer Law International, The Netherlands, p. 302.

<sup>186</sup>Véase la influencia del legislador británico en el Derecho europeo en los *PECL*. El principio de razonabilidad (*principle of reasonableness*) se regula en el artículo 1.302 *PECL*.

*Terms in Consumer Contracts Regulations* (en adelante, UTCCR, 1999) que contenía normas dirigidas exclusivamente para los contratos celebrados con consumidores. Sin embargo, su mayor peculiaridad ha sido introducir en criterio de la buena fe (*good faith*) en el Derecho de contratos inglés<sup>187</sup>. De este modo, coexiste un doble sistema de protección en las condiciones de contratación en el Derecho inglés con consumidores junto con un sistema más avanzado que en la Europa continental pero aún imperfecto para los microempresarios.

### 1.1. Acerca del Derecho estadounidense

A pesar de tratarse de un ordenamiento jurídico basado en el precedente jurisprudencial como el Derecho inglés, el Derecho estadounidense presenta algunos matices jurídicos propios y distintos de otros sistemas del *Common Law* que enriquecen el *case law* de los litigios que se producen a la extinción de las relaciones distributivas.

Las partes, al igual que en el Derecho inglés, podrán también acordar expresamente lo que estimen por conveniente en virtud del principio de libertad contractual (*freedom of contract*). Sin embargo, existen algunas diferencias con el Derecho inglés en relación con la negociación de los contratos de distribución.

- De un lado, la codificación del contrato de distribución-franquicia<sup>188</sup> en EEUU se produjo en la segunda mitad del XX convirtiéndose en derecho positivo federal (*statutory*

---

<sup>187</sup> Véase el artículo 5. (1) UTCCR, de 14 de diciembre de 1999 incorpora el criterio de la buena fe al ordenamiento jurídico inglés, que dice textualmente: “*A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer*”. De este modo, quedan superadas las palabras según FARNSWORTH el Profesor inglés ROY GOODE pronunciaba en un Seminario internacional de Derecho Comparado: “*We in England find it difficult to adopt a general concept of good faith*”, y lo justificaba diciendo: “*because we do not know quite what [good faith] means*”. Para profundizar más, véase, GOODE, R., “*The concept of Good faith in English Law*”, *Conferenze e Seminari, Centro di studie e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1992.

<sup>188</sup>El denominado contrato de franquicia nació en EEUU a mediados del XX, y en sus orígenes recibió la nominación de distribución-franquicia. Asimismo, los contratos de distribución en sentido estricto, comprenden tanto del contrato de distribución autorizada o selectiva, del contrato de concesión o distribución exclusiva y de la franquicia. Todos ellos tienen en común que se tratan de contratos de prestación de servicios dirigidos a la distribución de bienes o servicios en el mercado, en los que el distribuidor se integra de manera más o menos intensa según la figura en la red del fabricante. Por si resulta de interés, SERRA RODRÍGUEZ, A., “*La resolución unilateral de los contratos de distribución en el Draft Frame of Reference*”, en RUIZ PERIS, J.I. (DIR.), *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 230.

*law*) porque ya el legislador americano expuso entonces las limitaciones del *Common Law* para restablecer la situación de los distribuidores y franquiciados<sup>189</sup>. Por ejemplo, tratando de proteger al distribuidor frente a la extinción o la no renovación del contrato bajo ciertas circunstancias<sup>190</sup>. Asimismo, el carácter limitado de la normativa federal para abordar la complejidad de cuestiones suscita en el momento de la extinción del contrato provocó, además, la proliferación de una normativa interna estatal (*Franchise Relationships Laws*). En este sentido, el legislador decidió proteger también la negociación contractual de los distribuidores con carácter general frente la extinción o no renovación sin causa. Este es el caso de algunos sectores clave como el petróleo con la promulgación de la *Petroleum Marketing Practice*, que incide especialmente en la terminación unilateral *ad nutum* estableciendo la necesidad de un preaviso y de recompra de los bienes en poder del distribuidor.

Igualmente, la posición de la doctrina estadounidense es prácticamente unánime en la necesidad de establecer una regulación específica por sectores que rijan las relaciones contractuales para la distribución de bienes y servicios<sup>191</sup>. De hecho, esta iniciativa que comenzó en EEUU en el último tercio del XX es, sin duda, la solución que más acogida ha tenido entre la doctrina y todas las partes interesadas del Derecho continental o *Civil Law* para tratar de afrontar los problemas que surgen a la finalización de los contratos de distribución. En particular, a modo ilustrativo, es de especial importancia el Reglamento (CE) nº 1475/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles. Este Reglamento hace hincapié en el desistimiento en el artículo 5.3, cuando reconoce “*el derecho del proveedor a rescindir el acuerdo con un preaviso de al menos un año, en caso de necesidad de reorganizar una parte sustancial o la totalidad de la red*”. Aunque, de nuevo, se utiliza un término legal impreciso puesto que el legislador comunitario

---

<sup>189</sup>Por todos, GARCÍA HERRERA, A., *El impacto del tiempo en los contratos de franquicia y distribución exclusiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.35.

<sup>190</sup> Vid. Anexo “VI: Legislación internacional (EEUU)” por Baker & McKenzie elaborado a partir de un capítulo original de Sam Kramer de la oficina de Chicago, en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial, Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant Monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 397.

<sup>191</sup>Por todos, GORDON, J.,(Mayer Brown International LLP), in, CHRISTOU, *Op. cit.*, p.834, dice textualmente: “*In the US there may be specific state regulation over a particular type of industry. This may include, for example, car, farm equipment and fuel dealers and the distribution of alcohol and food*”.

utiliza el término “*rescisión*”, tanto para el reconocimiento que asiste al proveedor para desistir del contrato, como para la resolución del contrato por incumplimiento.

- De otro, es destacable la cobertura y protección de los distribuidores en algunos Estados, cuyos tribunales interpretan extensivamente el concepto de franquicia incluyendo en el mismo a los contratos de distribución. Por tal motivo, aunque las partes hayan celebrado un contrato de distribución, los jueces y tribunales podrán aplicar la legislación de franquicia con el objetivo de proteger al distribuidor si se aprecian elementos de la citada modalidad contractual en la relación distributiva<sup>192</sup>.

-Finalmente, el Derecho estadounidense no prevé un régimen de protección legislativo para los microempresarios como el que establece la UCTA en Reino Unido. Ahora bien, sí que existe un mecanismo de control de las condiciones generales de contratación si una de las partes ve limitada su capacidad de negociación dando lugar a un contrato de adhesión. Jurisprudencialmente, los jueces y tribunales examinan que ambas partes, sea proveedor o distribuidor, emitan su consentimiento de modo correcto. De ser así, no existe conflicto alguno y cualquiera de las partes puede ejercer el desistimiento facultativo *ad nutum* si así lo han acordado expresamente. De nuevo, el principio de libertad contractual legitima el desistimiento convencional, del mismo modo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico con las únicas limitaciones que establece el artículo 1255 del Código Civil.

Si, por el contrario, una de las partes no ha podido emitir un consentimiento libre, la solución para eliminar dichas cláusulas abusivas es impugnarlas conforme al Derecho clásico de contratos que se traduce en las doctrinas de la *unconscionability* y de las expectativas razonables (*reasonable expectations*).

- a) *La doctrina de la unconscionability*, que parte del *equity* inglés o justicia natural de las cosas, es un principio del *Common Law* incorporado en la Sección 2-302 del *Uniform Commercial Code* (en adelante, UCC) que permite a los tribunales

---

<sup>192</sup> Vid. Anexo “VI: Legislación internacional (EEUU)” por Baker & McKenzie elaborado a partir de un capítulo original de Sam Kramer de la oficina de Chicago, en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial, Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant Monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 397.

estadounidenses dejar sin efecto todas aquellas cláusulas contractuales que al tiempo de su celebración fueran sorpresivas (*unconscionables*). A modo de ilustración, KLASS sostiene que una cláusula contractual que reconozca el desistimiento contractual *ad nutum* sin establecer un plazo de preaviso suficiente será, en todo caso, vinculante siempre que no sea *unconscionable*<sup>193</sup>.

- b) La doctrina de las expectativas razonables (*reasonable expectations*) acuñada por SLAWSON<sup>194</sup>, permite eliminar las cláusulas contractuales que no concuerden con las expectativas razonables. Incorporada al ordenamiento jurídico estadounidense en el artículo 211 del *Restatement (Second) of Contracts*, esta doctrina pretende poner de manifiesto el declive del principio de libertad contractual sin las limitaciones que caracterizó al Derecho norteamericano de contratos durante los dos primeros tercios del XX. Para ello, el autor pone de manifiesto el buen hacer de los jueces (*judge-made law*) en detrimento del legislador. Sin embargo, esta teoría presenta algunas limitaciones puesto que la mayoría de la doctrina considera que está únicamente dirigida a los contratos celebrados entre consumidores y empresarios –dejando sin cobertura a los contratos objeto de nuestro estudio- y la valoración de la cláusula tiene en cuenta las expectativas razonables no del adherente, sino del predisponente o quien redacta el contrato.

## **1.2. Mirada comparativa sobre las causas de extinción de los contratos de distribución entre los ordenamientos jurídicos del *Common Law***

A la vista de lo que antecede, tanto en los textos que regulan nuestra materia de investigación como la teoría general de obligaciones y contratos de los ordenamientos jurídicos que conforman el *Common Law*, existen diferencias para abordar la extinción de los contratos considerando los términos implícitos (*implied terms*) que integra la

---

<sup>193</sup>Vid. KLASS, G., *Contract Law in the United States*, Wolters Kluwer, Law & Business, 2<sup>nd</sup> Ed., The Netherlands, 2012, p. 190.

<sup>194</sup> Para ampliar, SLAWSON, W.D., *Binding promises*, Princeton University Press, 1996. La mayor parte de la doctrina estadounidense resume la tesis de W. DAVID SLAWSON del modo siguiente: “*Slawson’s essential thesis is that the terms of a contract just are the reasonable expectations of its parties*”. O lo que es lo mismo, los términos de un contrato son las expectativas razonables de las partes.

doctrina de la buena fe (*good faith*). Aunque anteriormente se ha analizado el supuesto del desistimiento *ad nutum* si no está previsto en el contrato- se afrontará, a continuación, la pregunta de si prevalecerán las cláusulas (*express terms*) previamente pactadas por las partes sobre lo que no ha sido acordado en el contrato. O, dicho de otro modo, si el *implied term* prevalecerá sobre el contrato escrito.

En líneas generales, los tribunales no se muestran favorables al reconocimiento de un derecho que no ha sido pactado. Es más, al tratarse de una condición implícita, ésta no debería contradecir los términos expresos del contrato sino limitarse a completar únicamente las lagunas en los contratos incompletos<sup>195</sup>. En la práctica, en el caso de acuerdos de duración indefinida, los ordenamientos jurídicos que forman parte del *Common Law* reconocen la posibilidad de desistir del contrato sin necesidad de invocar causa justa, siempre y cuando el contrato prevea una cláusula de terminación *at will*. Ahora bien, deberá respetarse un plazo de preaviso suficiente. De este modo, en el *Common Law* prevalecerá la cláusula contractual acordada sobre la doctrina de la buena fe, aunque en ella se prescinda del periodo de preaviso razonable. Esto es, tal y como afirma ANDERSON,

*“...An agreement dispensing with notification or limiting the time for the seeking of a substitute arrangement, is of course valid under this subsection unless the results of putting into operation would be the creation of an unconscionable state of affairs<sup>196</sup>”.*

Ahora bien, ¿Qué efectos genera esta cláusula en el Derecho inglés y estadounidense?

A pesar de los posibles desencuentros en torno a la existencia de la buena fe en los ordenamientos jurídicos de Reino Unido –donde se cuestiona su existencia- y de EEUU, la jurisprudencia ha sido unánime en cuanto a la prevalencia del derecho escrito sobre los términos implícitos.

---

<sup>195</sup>Vid. GARCIA HERRERA, A., *Op.cit.*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, cit., p.68. Para ampliar sobre esta cuestión, GARCÍA HERRERA ilustra además esta afirmación mediante la propuesta de un supuesto práctico de un contrato de distribución celebrado en Iowa (EEUU), Igualmente, HESS, D., “The Iowa Franchise Act: Towards Protecting Reasonable Expectations of Franchises and Franchisor”, *80 Iowa Law Review*, 1994-95, pp.333-372.

<sup>196</sup> Para profundizar, ANDERSON, R.A., *ANDERSON ON THE UNIFORM COMMERCIAL CODE* §§2-309:8, 2nd ed., 1970, p.445.

- a) A modo ilustrativo, en líneas generales no se reconoce un principio que imponga la obligación de celebrar y cumplir los contratos conforme a la doctrina de la buena fe en el Derecho inglés. Tampoco los jueces y tribunales reconocen esta doctrina como tal, aunque se haya integrado en el Derecho de consumo fruto de las Directivas comunitarias. Con todo, se anticipa el estudio del caso *Baird vs. Marks & Spencer (2001)*<sup>197</sup> en el que, por ejemplo, se pone de manifiesto las carencias del Derecho inglés frente a las obligaciones implícitas del deber de respetar el principio de buena fe.
- b) Por su parte, en el ordenamiento estadounidense, KLASS cita el caso *United Airlines, Inc. V. Good Taste, Inc. (1999)*, en el que el Tribunal Supremo de Alaska (*The Alaska Supreme Court*) falló que no será posible únicamente invocar a la doctrina de la buena fe para impedir el desistimiento unilateral *ad nutum* si así se hubiera pactado expresamente en el contrato. O como se pronuncia dicho Tribunal, -y cito textualmente-:

*“Terminable-at-will contracts are generally held to permit termination for any reason, good cause or not, or for no cause at all...The duty of good faith and fair dealing does not override the clear right to terminate at will and destructive of the unfettered right to terminate at will”*<sup>198</sup>.

En línea con lo anterior, resulta conveniente en este punto, plantearse cómo afecta la doctrina de los términos implícitos a los contratos de distribución en el *Common Law* y, en menor medida, a escala comparativa, en los supuestos que afecten a los ordenamientos del Derecho europeo continental.

---

<sup>197</sup> En el caso *Baird Textile Holdings Limited v. Marks & Spencer Plc [2001]*, ambos litigantes habían celebrado un contrato de distribución/suministro verbal por el que *Baird Textile* había venido suministrando a *Marks & Spencer* prendas de vestir durante más de treinta años. De forma sorpresiva, el 19 de octubre de 1999 *Marks & Spencer* interrumpió sus pedidos y la demandante alegó incumplimiento del contrato considerando que la demandada había omitido un término implícito del contrato que exigía un periodo de preaviso de tres años previos a la terminación del contrato. En este punto, la *Court of Appeal* (Sección Civil) desestimó la demanda por considerar innecesario el preaviso alegando que no se reconocía la doctrina de la buena fe como un término implícito en el Derecho inglés (Vid., nº 66, y en especial, nº68).

<sup>198</sup>Para más información, vid., KLASS, G., *Contract Law in the United States*, Kluwer Law International, 2<sup>nd</sup> Ed., 2012, p. 190. Y el caso: *United Airlines, Inc. v. Good taste, Inc.*, 982, P.2d 1259 (Ala. 1999).

En lo relativo al desistimiento como causa de extinción de los contratos, cabe afirmar que, en ambos sistemas jurídicos, el desistimiento unilateral (*termination-at-will*) es una excepción a la irrevocabilidad y conservación del contrato<sup>199</sup>.

Sin embargo, para el *Common Law* la obligatoriedad del contrato (*sanctity*) no implica que no esté permitido a los contratantes desvincularse unilateralmente del mismo en virtud de la obligación moral derivada del principio *pacta sunt servanda*<sup>200</sup>, sino de las consecuencias económicas de la no observancia de lo establecido contractualmente. De este modo, la obligatoriedad del contrato (*sanctity*) significa básicamente que el contratante está obligado a indemnizar daños y perjuicios si no cumple con lo dispuesto en el mismo<sup>201</sup>.

La importancia de la doctrina de la libertad contractual (*freedom of contract*) y el carácter poco intervencionista de los ordenamientos jurídicos del *Common Law* no impiden que algunas soluciones se construyan sobre la función integradora que supone la doctrina de los términos implícitos (*implied covenant of good faith and fair dealing*). Algunos autores como PHANG<sup>202</sup>, consideran que la doctrina de los términos implícitos (*implied terms*) tiene una doble función: la primera y principal es la integradora de los términos implícitos (*the challenge of principled gap-filling*) además de otra residual, indirecta y teórica, que es conocida como la doctrina de frustración contractual (*doctrine of frustration*), si bien ésta no será objeto de análisis en el presente epígrafe sino en la segunda parte de este trabajo de investigación.

Ahora bien, ¿en qué consiste la doctrina de los términos implícitos y cómo afecta ésta al desistimiento unilateral *ad nutum*? La doctrina de los términos implícitos (*implied terms*) basada en el *equity* inglés -ya como instrumento de integración del contrato o como

---

<sup>199</sup> La conservación del contrato tal y como se entiende en el Derecho español está regulada en el Código Civil (Vid. los artículos 1091 CC., 1256 y 1258 CC.).

<sup>200</sup> Concretamente en el Derecho español, el artículo 1091CC es la respuesta inmediata que da fuerza jurídica vinculante a los contratos, y establece lo siguiente: “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos*”.

<sup>201</sup> En este sentido PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Op. cit.*, Barcelona, 2012, p. 462.

<sup>202</sup> Andrew PHANG, *Judge of Appeal* en el Tribunal Supremo de Singapur, realiza un estudio comparado de la doctrina de los términos implícitos en los ordenamientos jurídicos que forman parte del *Common Law* tomando como punto de referencia al Derecho inglés. Véase, PHANG, A., “The Challenge of Principled Gap-Filling: A Study of Implied Terms in a Comparative Context”, *Journal of Business Law*, Sweet & Maxwell, London, Issue 4, 2014, pp. 263-309.

interpretación contextual de sus expresiones ambiguas- y el principio de razonabilidad (*reasonableness*) son los pilares adyacentes a los principios de libertad contractual (*freedom of contract*) y obligatoriedad del contrato (*sanctity*) sobre los que se sostiene el Derecho de contratos (*Law of contract*) de los ordenamientos jurídicos que forman el *Common Law*. Así las cosas, puede apreciarse incluso una cierta similitud entre la doctrina anglosajona de los términos implícitos y el principio de la buena fe –entendido conforme al Derecho continental-, en tanto que ambos sirven para integrar algunos elementos que no han sido expresamente previstos en el contrato.

La doctrina de los términos implícitos en Reino Unido –o lo que es lo mismo (*default rules*) según FARNSWORTH<sup>203</sup> en EEUU- se activa únicamente cuando el contrato no recoge expresamente cuál debe ser el comportamiento de las partes ante un determinado supuesto conflictivo. O bien, aunque previsto, su redacción resulte un tanto confusa. De ahí que es muy frecuente que los jueces y tribunales se encuentren ante una cuestión contractual de notable importancia que ha sido omitida por las partes.

En palabras del Magistrado PHANG: “...*the gap arises because an express term has been inadvertently omitted by the parties at the time there entered into the contract*<sup>204</sup>”.

Ante este supuesto cabe plantearse cuál es la función de los jueces y tribunales. Por su parte, RAKOFF apunta que la jurisprudencia no está legitimada para redactar los contratos de las partes, y que, en defecto de pacto, no se produce ningún efecto. Ahora bien, esta omisión deberá ser suplida por la interpretación que los jueces y tribunales deducen de la verdadera intención de las partes.

O citado textualmente por RAKOFF<sup>205</sup>: “*If the contract does not provide a term that answers the dispute between A and B. What is the court to do? Courts do not make contract for the parties... Where there is no agreed terms, there is no legal obligation. So...there is an implied term of contract. Then judges often describe what they are doing in terms of carrying out the intention of the parties*”.

---

<sup>203</sup> Para profundizar, FARNSWORTH, A., *Op. cit.*, Oxford, 1995, pp.153-171.

<sup>204</sup> En éste sentido, PHANG, A., *Op. cit.*, London, Issue 4, 2014, p. 263.

<sup>205</sup> Véase RAKOFF, T. D., “The implied terms of Contracts: Of ‘Default Rules’ and ‘Situation-Sense’”, en BEATSON AND FRIEDMANN, D. (Eds.), *Good faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p.191.

Por otra parte, también cabe aplicar la doctrina de los términos implícitos (*implied terms*) para los denominados contratos relacionales (*relational contracts*)<sup>206</sup> puesto que, además de ser contratos de larga duración<sup>207</sup>, debido a su naturaleza y sus particularidades, la redacción de estos no puede precisarse con más detalle en el momento de su negociación. En este sentido, los contratos de distribución constituyen un claro ejemplo de contratos incompletos que suelen incluirse en la categoría de contratos relacionales ya que, su característica dilatada en el tiempo incrementa más todavía más el número de sus posibles contingencias. Lo que implica que las partes no pueden prever ni especificar todos sus comportamientos relevantes en el momento de su firma<sup>208</sup>. Para estos casos, algunos autores como MCKENDRICK han sugerido que las partes incorporen cláusulas flexibles en el contrato que no supongan un perjuicio para las mismas y que permitan adaptarse a las circunstancias cambiantes del negocio jurídico.

¿Cómo influyen los “*implied terms*” si el desistimiento facultativo no ha sido pactado expresamente en un contrato? Siguiendo a algunos autores como BELL Y CARNEGIE<sup>209</sup> cabe afirmar que es posible ejercitar la facultad de desistir, aunque no se haya previsto expresamente. Es más, como ya se ha advertido anteriormente, de acuerdo con el Derecho inglés y en mayor medida, con el estadounidense, las partes podrán desistir unilateralmente del contrato cuyas relaciones contractuales duraderas carezcan de término final para evitar su perpetuidad. De hecho, el UCC reconoce expresamente el desistimiento unilateral *ad nutum* respetando un plazo de preaviso razonable. Sin

---

<sup>206</sup> Traducido del inglés (*relational contracts*), se entiende que los contratos de distribución son el modelo central de los contratos relacionales señalados por la literatura económica y de organización de empresas. Tal y como se ha advertido con anterioridad (en el capítulo relativo al desistimiento como causa de extinción de los contratos de distribución), los contratos de distribución son pactos incompletos en los que las partes no pueden prever ni especificar todos los aspectos relevantes en el momento de la celebración y firma. Para obtener una definición de *Relational contracts*, Para obtener una definición de *Relational contracts*, MCKENDRICK, E., “The regulation of Long-term Contracts in English Law” en BEATSON, J. and FRIEDMANN, D. (Ed.) *Good Faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Press, London, 1995, p. 307. o BELL, J., “The effect of changes of circumstances of Long-term contracts”, en HARRIS and TALLON, (Dir.) *Contract Law Today (Anglo-French comparisons)*, Clarendon, London, 1989, p.219.

<sup>207</sup> Se consideran contratos de larga duración (*long term agreements*) aquellos que se prolongan durante el menos un periodo de cinco años. MCKENDRICK, utiliza la cita de DAINITH para definir cuáles son los contratos de larga duración. Cito textualmente: “*where a duration of five years was accepted, on the basis of industry practice, as the minimum period which was justified calling the contract ‘long-term’*”, Véase MCKENDRICK, E., “The Circumstances...”, cit., p. 307.

<sup>208</sup> Véase, GÓMEZ POMAR, F., y GILI, M., “Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2010, p. 11.

<sup>209</sup> En éste sentido, CARNEGIE, A.R., “Terminability of contracts of unspecified duration”, *The Law Quarterly Review*, vol. 85, July 1969, pp. 392-414.

embargo, en lo que respecta al Derecho inglés, los jueces y tribunales son más reacios a plantearse cuál es la intención de las partes en defecto de pacto escrito (*express terms*).

Con todo, la jurisprudencia ha reconocido en el caso *Staffordshire A.H.A. v. South Staffordshire Waterworks (1978)*<sup>210</sup> la existencia de una condición implícita que permite el desistimiento unilateral estableciendo un periodo de preaviso en los contratos de larga duración. Especialmente, si el contrato resulta perjudicial para una de las partes.

Esta misma línea ha seguido en el Derecho español la doctrina y la jurisprudencia<sup>211</sup>. En particular, la prohibición de perpetuidad como límite a la duración indefinida del vínculo contractual es frecuente en los contratos innominados, como el suministro, la concesión<sup>212</sup> o la distribución franquicia.

Ahora bien, el derecho de las partes a desistir del contrato presenta ciertas limitaciones como es la necesidad de adoptar un periodo de preaviso que resulte razonable. Esta es, según KLASS<sup>213</sup> la línea que sigue el UCC estadounidense en su interpretación de la sección 2 del artículo 309. KLASS advierte incluso que el UCC (en dicha sección) va más allá considerando que, si el contrato no establece lo contrario, se deberá notificar a la otra parte la terminación de este con un periodo de preaviso razonable. Ahora bien, por otra parte, también afirma que cabe la posibilidad de prescindir del periodo de preaviso si así lo han previsto las partes en el contrato. Por ende, y en virtud de la sección 2-309 UCC, dicho acuerdo será vinculante siempre y cuando no sea sorpresivo para las partes (*doctrine of unconscionability*). La finalidad que persigue el *Official Comment* del UCC

---

<sup>210</sup>Vid. el caso *Staffordshire A.H.A. v. South Staffordshire Waterworks (1978)* que se pronuncia advirtiendo que aunque el contrato no haya contemplado una duración, no se presume que ésta sea permanente e irrevocable. Por consiguiente, existe una presunción de proceder al desistimiento del contrato de forma unilateral respetando el periodo de preaviso. Cito textualmente los terminus del caso: "Where the contract has no stated duration, there is no presumption that the contract is permanent and irrevocable. Thus, there is an explicit presumption of revocability upon notice".

<sup>211</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, Madrid, 1986, cit., p. 523. Además, KLEIN, que siguiendo a DÍEZ-PICAZO, L., entiende que la perpetuidad es opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, y que una limitación de tal clase de la libertad del deudor sería por ello contraria al orden público. Vid., KLEIN, M., *Op. cit.*, 1997, pp. 123-124.

<sup>212</sup> Por todos, KLEIN, M., *Op. cit.*, 1997, p.124.

<sup>213</sup> Resulta de especial interés, KLASS, G., *Contract Law in the United States*, Kluwer Law International, 2<sup>nd</sup> Ed., The Netherlands, 2012, p. 189. GREGORY KLASS cita textualmente: "Section 2-309 of the UCC goes a bit further, providing that, where a termination clause does not state otherwise, it will be interpreted to require that "reasonable notification be received by the other party".

es la de permitir a la parte perjudicada la posibilidad de buscar un acuerdo alternativo que procure el menor perjuicio posible al contratante desistido<sup>214</sup>.

La necesidad de adoptar un periodo de preaviso razonable se traduce en los ordenamientos jurídicos del *Civil Law* como la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, mientras que, en el Derecho de contratos inglés la función integradora de la razonabilidad viene justificada por la ausencia del principio general de la buena fe (*good faith*). De hecho, como se ha advertido, en el caso *Baird Textile Holdings Limited v. Marks & Spencer Plc. (2001)*, el demandante solicitaba en la demanda la posibilidad de tratar negociar con Marks & Spencer conforme a los principios de buena fe y de razonabilidad considerando el objeto del contrato, cuya duración podría prolongarse hasta recibir la notificación indicando un periodo de preaviso razonable. Sin embargo, el tribunal (*Court of Appeal, Civil*) desestimó dicha petición argumentando que no se había generado ninguna obligación de respetar el periodo de preaviso porque, a la luz del Derecho inglés, no se podía reconocer la doctrina de la buena fe (*good faith*) como un término implícito (*implied term*). El ponente del tribunal Sir ANDREWS MORRIS citó textualmente: “*The presence in the suggested contractual formulation of implied duties of good faith is an additional barrier in the way of the conclusion for which Baird contends, in view of English law’s refusal to recognise any duty of this nature as an implied contractual term*”.

Aun así, la doctrina no es unánime en la posición que dicho principio ocupa en el *Common Law*. De hecho, el magistrado PHANG trae a colación el caso *Ng Giap Hon v Westcomb Securities Pte Ltd (2009)*, de la *Court of Appeal* de Singapur para ilustrar las diferentes percepciones que suscita la doctrina de la buena fe en el *Common Law*. De hecho, el Tribunal Supremo de Singapur ha recurrido a las afirmaciones siguientes para explicar cuál es la percepción que genera la doctrina de la buena fe. Y cito textualmente:

“*The doctrine of good faith is very much a fledgling doctrine in English and (most certainly) Singapore contract law. Indeed, a cursory survey of the relevant law in other Commonwealth jurisdictions appears to suggest a similar situation. This is,*

---

<sup>214</sup> Siguiendo y citando textualmente a FARNSWORTH, “...*In explaining the basis for UCC 2-309 (3), which imposes such a duty of ‘reasonable notification’ for termination of a contract, the Official Comment states that “the application of principles of good faith and sound commercial practice normally call for such notification of the termination of a going contract relationship as will give the other party reasonable time to seek a substitute arrangement...”*. En este sentido, FARNSWORTH, E.A., *Op. cit.*, Oxford, 1995, p.165.

*perhaps, not surprising in view of the fact, that, even in the academic literature (which has witnessed the most discussion as well as analysis of the doctrine), there are differing views as to what the doctrine of good faith means as well as how it is to be applied...<sup>215</sup>”.*

Asimismo, otros autores como HEDLEY<sup>216</sup> consideran que es una cuestión de terminología legal imprecisa. No porque ya esté regulada expresamente en el Derecho inglés (art. 5 UTCCR) –para el Derecho de consumo- o porque autores como GOODE advierten de la dificultad de adoptar el concepto de la buena fe (*good faith*) en el ordenamiento jurídico británico al manifestar que no pueden precisar qué se entiende por buena fe, -y cito textualmente-: “*We in England find it difficult to adopt a general concept of good faith...because we do not know quite what good faith means...<sup>217</sup>”.* A pesar de la duda que ha suscitado el reconocimiento del principio de la buena fe (*good faith*) en los ordenamientos jurídicos del *Common Law*, el apoyo jurídico que Estados Unidos ha brindado a esta doctrina se ha gestado desde la Ilustración. En realidad, ya en 1766 Lord Mansfield enunciaba el principio de la buena fe en el Derecho de contratos –en especial, para el contrato de seguro- considerándolo el principio regulador aplicable a todos los contratos y negocios jurídicos, y cito textualmente, “*...the good faith is ...the governing principle...applicable to all contracts and dealings... ”.*

Sin embargo, otros autores contemporáneos como FARNSWORTH consideran que el reconocimiento del principio de buena fe en el *Common Law* tiene claras influencias del Derecho continental. En particular, la aceptación, reconocimiento y posterior tipificación del principio de buena fe en el derecho positivo estadounidense son debidas al efecto que el proyectó el *Treu un Glauben* del BGB alemán sobre estudiosos y juristas americanos como Karl LLEWELLYN<sup>218</sup>. Con todo, la consolidación de la doctrina de la buena fe en EEUU se produjo con anterioridad a la entrada en vigor del UCC, en parte, gracias al reconocimiento de Estados como Nueva York o California, formados por sociedades de aluvión de las distintas poblaciones europeas.

---

<sup>215</sup> Para profundizar, PHANG, A., “The Challenge of Principled Gap-Filling: A Study of Implied Terms in a Comparative Context”, *Journal of Business Law*, 2014, cit., p. 298.

<sup>216</sup> HEDLEY, C., “GOOD FAITH ON COMMERCIAL CONTRACTS” (consultado el 22.10.2014) [http://www.crippslink.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1754:good-faith-in-commercial-contracts&catid=88:commercial-law&Itemid=537](http://www.crippslink.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1754:good-faith-in-commercial-contracts&catid=88:commercial-law&Itemid=537)

<sup>217</sup>En éste sentido, FARNSWORTH, E. A., *Op. cit.*, Oxford, 1995, cit. p.157.

<sup>218</sup> Para profundizar, FARNSWORTH, *Op. cit.*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p.155.

Por otra parte, y con independencia del reconocimiento de la existencia de la buena fe por los distintos ordenamientos jurídicos que forman el *Common Law*, Allan FARNSWORTH afronta su tratamiento jurídico planteándose tres cuestiones fundamentales. La primera, es si la buena fe tiene únicamente un componente subjetivo –como apunta el UCC-, o, por el contrario, está asimismo dotado de otro de carácter objetivo. En segundo término, se plantea si el artículo 1-203<sup>219</sup> del UCC estadounidense crea una causa independiente de la acción. Por último, se pregunta si actuando la buena fe en calidad de *implied term* debe prevalecer sobre un término escrito previsto en el contrato (*express term*).

En cuanto a las respuestas, el autor considera indiscutible que la buena fe tiene un componente subjetivo, ya que las partes deberán de hacer un juicio honesto sin implicar con ello que las partes deban actuar altruistamente<sup>220</sup>. Ahora bien, esta doctrina debe completarse con otro aspecto objetivo -que como tal no está recogido en el UCC- y que, según el *Restatement* estadounidense no es otro que la equidad (*fairness*). De hecho, la doctrina de la buena fe es en Estados Unidos, la suma de los términos “*good faith and fair dealing*”. O, dicho de otro modo, “*good faith means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the conduct or transaction concerned*”.

- a) Lo que, en mi opinión, resulta más interesante, es que dicho tratamiento global de la doctrina de la buena fe fue asimismo interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Nueva Jersey al resolver un litigio ocasionado por la extinción de un contrato de distribución. Dicho Tribunal, concluyó que el proveedor o titular de la red pretendía desistir del contrato -aun a sabiendas-, de que el distribuidor había realizado inversiones que no podría amortizar.

---

<sup>219</sup> El citado artículo 1-203 UCC dice textualmente: “*Every contract or duty within this Act imposes an obligation on good faith in its performance or enforcement*”. Este reconocimiento guarda un claro paralelismo con la obligación de validez y cumplimiento del contrato conforme a la buena fe que establece el artículo 1258 del Código Civil español.

<sup>220</sup> FARNSWORTH define la buena fe mediante una noción negativa. O sea, se sirve del resultado contrario a la conducta que exige la observancia de la buena fe. Para ello, trae a colación el concepto otorgado por la resolución del caso *Association Group Life Inc. v Catholic War Veterans* del Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que establece: “...*Good faith is not to do anything which will have the effect of destroying or injuring the right of the other party to receive the fruits of the contract.*” Para profundizar en el tema, vid. *Association Group Life Inc v Catholic War Veterans*, 61 N.J. 150 (1972) 293 A.2d 382. Véase FARNSWORTH, E.A., “*Good faith in Contract Performance*”, cit., p.164.

Todo ello, en contra de la intención de las partes, y del cumplimiento implícito que implica el reconocimiento de la buena fe<sup>221</sup>.

- b) En segundo lugar, por lo que se refiere al artículo 1. 203 del UCC el autor llega a la conclusión que dicho precepto no genera una causa independiente de la acción, sino que la misma sea razonable. De nuevo, se hace hincapié en el principio de razonabilidad (*reasonableness*) cuya respuesta se halla en la necesidad de establecer un periodo de preaviso con tiempo suficiente para que la parte desistida pueda recuperarse. El núcleo de este debate ya ha sido objeto de análisis anteriormente, si se tiene en cuenta el contenido del artículo 2-309 UCC.
- c) Por último, en lo que concierne a la tercera cuestión planteada por FARNSWORTH – preferencia de un *implied term* sobre un *express term*-parece inconcebible que un término implícito pueda prevalecer sobre el derecho escrito acordado y expresamente previsto por las partes en un contrato. Así lo ha entendido prácticamente la doctrina con unanimidad y también la jurisprudencia. Con todo, no todos los fallos han sido acordados exentos de polémicas. A modo de ilustración, FARNSWORTH concluye el estudio utilizando las palabras del Magistrado FRANK EASTERBROOK,

*“When the contract is silent, principles of good faith... fill the gap. They do not block use of terms that appear in the contract... Any attempt to add an overlay of “just cause” ...to the exercise of contractual privileges would reduce commercial certainty and breed costly litigation...”*<sup>222</sup>.

De nuevo, el principio de libertad contractual es el principal garante de la seguridad jurídica que avala la prevalencia del derecho expresamente acordado por las partes en el

---

<sup>221</sup> Vid. *Bak-A-Lum Corp of America v Alcoa Building Products*, 351 A 2d 349, at 352 (NJ 1976). FARNSWORTH, E.A., “Good faith...”, cit., p. 164. En concreto, “*The Supreme Court of New Jersey concluded that a manufacturer’s selfish withholding from of its intention seriously to impair its distributorship although knowing (that the distributor) was embarking on an investment substantially predicated upon its continuation constituted a breach of the implied covenant of dealing in good faith*”.

<sup>222</sup> El magistrado EASTERBROOK viene a decir, según FARNSWORTH, que cuando las partes no han contemplado una cuestión determinada en el contrato, el principio de buena fe rellena el vacío. Esto es, tal doctrina no se opone a las cláusulas previstas en el contrato porque cualquier intento de incorporar una cuestión de justa causa a los privilegios el contrato reduciría la seguridad jurídica comercial y podría generar litigios costosos. Para ampliar, FARNSWORTH, *Op. cit.*, 1995, p.164.

contrato sobre la doctrina de la buena fe. En lo que concierne al Derecho inglés, el caso de suministro de productos de *Baird Textile a Marks & Spencer*, también puso de manifiesto la prevalencia de las cláusulas recogidas expresamente en el contrato sobre el principio de la buena fe. Aunque, a diferencia de EEUU, en este supuesto el Tribunal británico alegó que el Derecho inglés no reconocía la doctrina de la buena fe como un término implícito (*as an implied term*).

Sin embargo, la evolución jurídica del tratamiento de la buena fe está en constante movimiento en el seno de los ordenamientos del *Common Law*. De un lado, la jurisprudencia británica ha dado recientemente un giro sorpresivo al reconocimiento de la doctrina de la buena fe en el Derecho de contratos. Concretamente, en la resolución del caso *Yam Seng PTE Limited v International Trade Corporation Limited (2013)*<sup>223</sup>, donde el ponente LEGGATT (High Court of Justice: Queen's Bench Division) reconoce la doctrina de la buena fe para los contratos de larga duración y de confianza o *intuitu personae*, citando textualmente:

*“Under English law a duty of good faith is implied by law as an incident of certain categories of contract, for example contracts of employment and contracts between partners or others whose relationship is characterised as a fiduciary one. I doubt that English law has reached the stage, however, where it is ready to recognize a requirement of good faith as a duty implied by law, even as a default rule, into all commercial contracts. Nevertheless, there seems to me to be no difficulty, following the established methodology of English law for the implication of terms in fact, in implying such a duty in any ordinary commercial contract based on the presumed intention of the parties”*<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup>*Yam Seng PTE Limited v International Trade Corporation Limited* [2013] EWHC 111 (QB) (*An Implied Duty of Good Faith?*)[131-154]. *Yam Seng Pte Limited* (en adelante, Yam Seng) es una compañía con sede en Singapur celebró un contrato de distribución exclusiva en 2009 con *International Trade corporation* (en adelante, ITC) con la finalidad de suministrar perfumes bajo la marca denominada “Manchester United” en determinados territorios de Oriente Medio, Asia, África y Australia. El demandante decidió resolver el contrato alegando el incumplimiento de ITC. El demandante solicitó la indemnización de daños y perjuicios que generó el incumplimiento del demandado alegando además la obligación de las partes de actuar conforme al principio de buena fe. En este caso, el Juez LEGGATT advirtió que, a pesar de la notable literatura que la doctrina de la buena fe había generado en el Derecho inglés, no podía mencionar resolución alguna que la hubiera analizado en profundidad. De hecho, citó textualmente: “*The general view among commentators appears to be that in English contract law there is no legal principle of good faith of general application*” (Vid. *Chitty on Contract Law*, 31<sup>st</sup> Ed., Vol.1, párrafo 1-039). Sin embargo, estimó oportuno el reconocimiento de la doctrina de la buena fe como término implícito en la celebración del contrato considerando que el Derecho inglés ya estaba preparado para ello, tal y como apunta el apartado número 131 de la resolución.

<sup>224</sup> Por último, (apartado número 153 del caso *Yam Seng PTE Limited v International Trade Corporation Limited*) el Judge of High Court of Justice (QB) Leggatt reconoció la aplicación de la doctrina de la buena fe dejando de lado todos los argumentos anteriores que sostenían lo contrario. Citando textualmente: “*In the light of these points, I respectfully suggest that the traditional English hostility towards a doctrine of good faith in the performance of contracts, to the extent that it still persists, is misplaced*”.

En segundo término, la buena fe ya se había reconocido expresamente con anterioridad por la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico estadounidense (art. 1-203 UCC<sup>225</sup> -cuyo contenido guarda gran relación con el art. 1258 del Código Civil español-, o art. 205 *Restatement*<sup>226</sup>).

Por último, pero no menos importante, cabe traer a colación, tal y como afirmó PRIESTLEY<sup>227</sup>, que los tribunales australianos han incorporado también la doctrina de la buena fe en la resolución de sus pronunciamientos como consecuencia de la influencia del Derecho estadounidense. Así, y cito textualmente, “*Australian law has reached the point where terms may readily be implied into contracts, having substantially the same effect as the good faith formulation in the United States*”.

## 2. Derecho continental:

Una vez analizadas las principales familias jurídicas que conforman el *Common Law*, se van a confrontar las diferentes regulaciones de los ordenamientos jurídicos continentales, haciendo hincapié en el Derecho belga, francés e italiano. Cada uno de estos ordenamientos se ha escogido por su contribución al desarrollo del Derecho europeo de contratos y, en particular, por su vinculación con nuestra materia de investigación. Resulta destacable, en primer lugar, la regulación de la extinción de los contratos de distribución en el Derecho belga que, atendiendo a razones geopolíticas, trató de vencer la asimetría en el poder de negociación de sus distribuidores protegiéndoles frente a sus proveedores, en su mayoría, franceses y alemanes. A continuación, el Derecho francés supone una referencia para nuestro legislador tanto por las medidas establecidas en la *Loi Doubin*

---

<sup>225</sup> El citado artículo 1-203 UCC dice textualmente: “*Every contract or duty within this Act imposes an obligation on good faith in its performance or enforcement*”. Este reconocimiento guarda un claro paralelismo con la obligación de validez y cumplimiento del contrato conforme a la buena fe que establece el artículo 1258 del Código Civil español.

<sup>226</sup>El artículo 205 del *Restatement* establece lo siguiente: “*Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement*”. De este modo, el *Restatement* supone, a diferencia del UCC un valor añadido reconociendo no sólo la doctrina de la buena fe sino también el equity (fairness).

<sup>227</sup>Véase, *Judge of Appeal of New South Wales*, PRIESTLEY, L.J., ‘A guide to a Comparison of Australian and United States Contract Law’, *12 University of South Wales Law Journal (en adelante, UNSWLJ) 4*, Australia, 1989, p.23. PRIESTLEY sostiene dichas afirmaciones al analizar el contenido del caso australiano *Secured Income Real Estate v. St. Martins Investment Pty. Ltd. [1979]*, estableciendo un paralelismo entre ambos ordenamientos jurídicos. En esta línea por si resulta de interés, (Tesis doctoral), DIXON W.M., “An examination of the Common Law obligation of Good Faith in the performance and enforcement of the Commercial Contracts in Australia”, 2005, consultado el 20.10.2014 en, [http://eprints.qut.edu.au/16123/1/William\\_Dixon\\_Thesis.pdf](http://eprints.qut.edu.au/16123/1/William_Dixon_Thesis.pdf)

para la protección de franquiciados frente al franquiciador o cabeza de red en lo referente a las obligaciones de carácter precontractual como por la limitación decenal de las relaciones contractuales distributivas frente al principio de libertad contractual. Finalmente, resulta apropiado el examen de la materia en el Derecho italiano, no sólo por el rigor sistemático con que la doctrina ha abordado en el estudio de los contratos de distribución, sino también por la contemplación en el *Codice Civile* de algunas figuras como el *recesso* que, entendido como nuestro desistimiento unilateral *ad nutum*, suponen una de las principales -y también más conflictivas y litigiosas- causas de extinción de los contratos de distribución.

### 1. Breve mención al Derecho belga

El Derecho belga, en comparación con otros ordenamientos jurídicos continentales, viene condicionado por la situación geopolítica de Bélgica como un Estado tapón<sup>228</sup> cuya fundación tuvo lugar en 1830<sup>229</sup>. En este contexto histórico, Bélgica, a diferencia de otros Estados limítrofes como Francia o Alemania, debido a su tamaño y peculiaridades, se ha caracterizado por tratarse de un país de importadores y distribuidores, en comparación con sus vecinos franceses y alemanes, que eran sus principales proveedores<sup>230</sup>. Esta circunstancia socioeconómica ha condicionado particularmente el Derecho belga, cuyo legislador ha tratado de proteger a sus distribuidores frente a los proveedores extranjeros mediante la regulación de los contratos de distribución o de concesión de venta en exclusiva de duración indefinida en la *Loi de 27 juillet 1961* (en adelante, la Ley belga de 1961). Especialmente, en aquellos supuestos en los que se da por finalizada la relación distributiva. Aunque se trata de una disposición sucinta, tan sólo consta de 6 artículos, su estudio merece un análisis detallado; máxime cuando la Ley belga de 1961 regula las causas de extinción de los contratos de distribución que, como es sabido, es el tema escogido para este trabajo de investigación. Y, especialmente, se contempla el desistimiento unilateral como causa de extinción de los contratos de distribución

---

<sup>228</sup> En geopolítica se considera Estado tapón a un país independiente, principalmente, pequeño, que está ubicado geográficamente entre mayores con intereses enfrentados. En este sentido, se estima que la presencia de un Estado tapón puede evitar el enfrentamiento bélico de dos Estados colindantes, si bien, se requieren también de otros mecanismos diplomáticos para el mantenimiento de la paz.

<sup>229</sup> El nacimiento de Bélgica como un Estado independiente fue consecuencia de la existencia de un territorio situado entre dos grandes potencias, Francia y Alemania, cuyas relaciones fueron principalmente hostiles, por lo que se requería de un cordón sanitario que frenara las posibles contiendas bélicas en esa zona de Europa.

<sup>230</sup> Para ampliar, GUTERMANN, A., "Belgium", *International Agency & Distribution Handbook*, EMEA, Baker& McKenzie, 2015, p.59.

exclusiva<sup>231</sup>. Con todo, quedan fuera del ámbito de aplicación de la citada normativa la terminación del contrato de distribución por mutuo acuerdo de las partes; o bien, la extinción por justa causa, como es la resolución del contrato por el incumplimiento de las obligaciones del acuerdo por cualquiera de las partes, con independencia del domicilio de los proveedores<sup>232</sup>.

La ley belga de 1961<sup>233</sup> fue modificada el 13 de abril de 1971 quedando derogada por el artículo 4 de tal regulación, que incorpora el libro X al *Code de Droit Économique* (en adelante, Código de Derecho económico), y lleva por rúbrica “Contratos de agencia comercial<sup>234</sup>, contratos de cooperación comercial y concesiones de venta”. Tal Código tuvo por finalidad la reorganización de la legislación dispersa sobre contratos de mandato mercantil. En este sentido, el ordenamiento jurídico belga presenta tres niveles de protección al distribuidor:

- a) En primer lugar, destaca la necesidad de respetar un periodo de preaviso razonable. De lo contrario, el proveedor deberá indemnizar al distribuidor perjudicado. Sin embargo, la ley no determina la duración del plazo de preaviso indicando únicamente que debe ser justo y razonable, permitiendo incluso a los tribunales que se pronuncien sobre este extremo<sup>235</sup>. En este contexto, la doctrina jurisprudencial es coincidente en que el distribuidor debe disponer del tiempo suficiente para tratar de reorganizar su actividad evitando la menor pérdida económica posible como consecuencia de la terminación de su actividad. De este modo, la fijación del periodo preaviso es cuestión

---

<sup>231</sup> Me ocupo del desistimiento como causa de extinción de los contratos de distribución en el capítulo 1 de la Segunda parte de este trabajo, pp. 152 y ss.

<sup>232</sup> El artículo 4 de la Ley belga de 1961 dispone: “*El concesionario perjudicado con ocasión de la resolución de una concesión de venta que produzca sus efectos en todo o parte del territorio belga podrá en todo caso demandar al concedente en Bélgica, bien ante el juez de su propio domicilio, bien ante el juez del domicilio o de la sede del concedente*”.

<sup>233</sup> Las disposiciones de la ley de 27 de julio de 1961 relativa a la terminación unilateral de las concesiones de venta exclusiva de duración indeterminada, modificada por la ley de 13 de abril de 1971, son aplicables, pese a todas las disposiciones contrarias, a las concesiones de venta suscritas antes de la fecha de derogación de la ley antes citada.

<sup>234</sup> Además de la Ley belga de 1961 que regulaba los contratos de distribución exclusiva de duración indeterminada, la ley belga de 12 de junio de 1995 transpuso la Directiva de la CEE (hoy Unión Europea), nº 86/653, sobre acuerdos comerciales con agentes, del mismo modo que en nuestro ordenamiento jurídico regula los contratos comerciales agencia la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del contrato de agencia.

<sup>235</sup> En este sentido, GUTERMANN, A., “Belgium”, *International Agency & Distribution Handbook*, EMEA, Baker& McKenzie, 2015, p. 63.

debatida por la jurisprudencia, pero, al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, la determinación del preaviso suele estar influenciada, entre otras causas<sup>236</sup>, por la duración de la relación contractual: cuanto más tiempo se prolongue la relación distributiva, con mayor plazo de antelación se deberá preavisar al distribuidor.

- b) En segundo término, si el proveedor no hubiere respetado un periodo de preaviso razonable para terminar la relación contractual con el distribuidor, la ley belga de 1961 imponía la obligación de indemnizar al distribuidor como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados. Entre los daños generados destaca la indemnización por clientela que le corresponde al distribuidor como resultado de la cartera de clientes que éste ha aportado al cabeza de red, y de los que se beneficia automáticamente el proveedor.
- c) Finalmente, cabe traer a colación una solución híbrida o ecléctica entre las dos primeras, que se produce en el supuesto de que el proveedor respete parcialmente el periodo de preaviso manifestado. En estos supuestos, la ley propone la compensación de dicho incumplimiento de preaviso indemnizando parcialmente al distribuidor de forma progresiva y proporcional.

La normativa belga sobre los contratos de distribución tiene carácter imperativo siempre que las partes hayan pactado celebrar un acuerdo de distribución que se rija conforme a las citadas disposiciones<sup>237</sup>.

En este sentido, cabe traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de diciembre de 2017, (JUR\2018\23703), relativa a la extinción de un contrato de distribución entre Uneco S.A. contra Hunstman Advanced

---

<sup>236</sup> A modo de ejemplo, cabe citar, entre otros factores, el área geográfica de exclusividad en la que operaba el distribuidor, el número de trabajadores que el empresario distribuidor tiene contratados, la cartera de clientes o el fondo de comercio, las dificultades del distribuidor para poder encontrar un producto alternativo para comercializar.

<sup>237</sup> Si bien, tan sólo será aplicable si el proveedor o cabeza de red, ha decidido poner fin al contrato con el distribuidor. Así lo expone, GUTERMANN, A., “Belgium”, *International Agency & Distribution Handbook*, EMEA, Baker & McKenzie, 2018, p. 63. [https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2018/04/bk\\_international-agency-distribution\\_apr18.pdf?la=en](https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2018/04/bk_international-agency-distribution_apr18.pdf?la=en) (Consultado el 8.06.2021)

Materials (Europe) en cuyo Fundamento Jurídico Segundo se pone de manifiesto que, conforme a la cláusula 14.6 del contrato, se produce “*la sumisión de la relación contractual entre las partes al derecho belga*”<sup>238</sup>. Con todo, tanto la ley belga de 1961 como el Código de Derecho Económico presentan una naturaleza auto limitativa en la medida que, como indica el Fundamento Jurídico Tercero de la SAP, de Barcelona, de 19 de diciembre:

*“...la citada normativa únicamente será de aplicación fuera de Bélgica si la sumisión al derecho belga se hace indicando expresamente la ley de distribución, pero no si, por el contrario, se efectúa una remisión genérica y abstracta al ordenamiento jurídico belga, como se concluye en el informe pericial, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte de Casación de Bélgica: «Si en un contrato vinculado con un país extranjero las partes se someten a la ley belga, la ley de distribución solamente se aplica si las partes se refieren expresamente a la ley de distribución. La ley de distribución no puede ser aplicada más allá del ámbito de aplicación territorial delimitado por el legislador salvo que las partes contratantes hayan indicado de forma expresa su voluntad de someterse a la ley de distribución»”.*

En definitiva, las peculiaridades del Derecho belga residen en la tipificación de los contratos de distribución que incluyen el nivel de protección imperativo a los distribuidores anteriormente mencionado. Aunque, para que se proceda a tales medidas, se requiere que las partes manifiesten expresamente su voluntad de someterse a la citada ley de distribución. De lo contrario, el Derecho civil común belga, como tal, no contempla las especialidades que protegen al distribuidor que prevé el Código de Derecho económico y, como sucede en el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona de diciembre de 2017, en cuyo contrato de distribución se designaron como aplicables las “leyes de Bélgica” (cláusula 14.6 y 11.1 del anexo 5, del contrato), como

---

<sup>238</sup> En este sentido, cabe traer a colación la legitimidad del pacto de sumisión a derecho belga contenido en la referida cláusula 14.6 del contrato, se encuentra plenamente avalada por lo dispuesto en el artículo 3.1 del Reglamento (CE ) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por el que se autoriza la “libertad de elección”, de manera que “el contrato se regirá por la ley elegida por las partes”. Asimismo, se excluye expresamente en la cláusula 14.6 del contrato la aplicación de la CV para la compraventa internacional de mercaderías para las disposiciones acordadas por las partes en tal relación distributiva.

acertadamente concluye la sentencia de instancia, en la que se determina la aplicación del derecho común belga. Y como establece el Fundamento Jurídico Tercero *“su aplicación, que no reconoce ningún derecho a una indemnización por clientela como consecuencia de la terminación contractual objeto de controversia, por sumisión expresa de las partes”*.

En definitiva, y en línea con lo anterior, las partes pueden pactar lo que estimen por conveniente en virtud del principio de libertad contractual, y, pueden optar expresamente por la celebración de un contrato de distribución bajo el amparo del Derecho belga. Aunque, conforme a las disposiciones del Código de Derecho Económico belga, tan sólo se protege al distribuidor una vez extinguido el contrato. Por su parte, la doctrina de la buena fe no puede integrar una cláusula que, en ausencia de tal pacto expreso en el contrato, interprete extensivamente que las partes tenían la voluntad por regirse por el Código de Derecho económico porque se trataría de una interpretación correctora que generaría inseguridad jurídica en el tráfico jurídico.

## **2. Derecho francés**

Al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, los contratos de distribución son atípicos en el Derecho francés. No obstante, a pesar de que no exista un texto normativo que regule estos contratos como sucede en el Derecho belga, el ordenamiento jurídico francés ha regulado alguna de las cuestiones más conflictivas de los contratos de distribución. No sólo en lo que respecta a la extinción de las relaciones distributivas mediante el desistimiento unilateral *ad nutum* en la teoría general de obligaciones y contratos, sino también, en lo referente a los deberes de información precontractual, la duración del contrato, en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el pacto y la posibilidad de modificar o renegociar los términos del acuerdo si así fuera necesario. Todos estos aspectos son, además, algunos de los elementos más importantes del contrato que pueden influir, directa o indirectamente, en la terminación de las relaciones distributivas.

La regulación parcial de alguno de las cuestiones más relevantes en las relaciones distributivas viene motivada por la identificación del distribuidor como la parte débil de

la relación contractual<sup>239</sup>. De este modo, a diferencia de los sistemas del *Common Law*<sup>240</sup>, el legislador francés ha tratado de proteger al distribuidor en aquellos aspectos en los que resulta más evidente su relación de dependencia frente al proveedor, considerando al primero como la parte desvalida de una relación contractual asimétrica<sup>241</sup>.

No obstante, la protección no es únicamente para el distribuidor, como sucede en el Derecho belga, que regula en su totalidad la terminación de las relaciones distributivas (La Ley de 1961, modificada por el Código de Derecho económico) y protege únicamente a los distribuidores ante la carencia de proveedores nacionales. En este caso, el Derecho francés extiende también su protección para aquellos supuestos en los que el proveedor o fabricante asume el rol de parte débil. Especialmente en aquellos supuestos en los que contrata con grandes superficies distribuidoras, y, éstas tratan de someterle a obligaciones que provoquen un desequilibrio significativo en sus derechos y obligaciones<sup>242</sup>.

En este sentido, resulta interesante el supuesto expuesto en la Sentencia de la *Corte d'Apel Paris, 1er oct.2014, n° 13/16336, min Économie c/contre diverses sociétés du groupe Carrefour*, realizado por la Prof. Martine BEHAR-TOUCHAIS, en el que, además de estudiar el alcance de la ruptura brusca establecida en el art. L-442-6, I 2° del *Code de commerce*, se pronuncia sobre el papel de una gran distribuidora al precisar que, pese a tratarse de un único distribuidor, no todos los proveedores son parte débil frente a Carrefour.

La medida concreta mediante la que el Derecho francés evita cualquier tipo de desequilibrio contractual en las relaciones comerciales está regulada en el art. L.442-6, I, 2° del *Code de Commerce* que dispone la obligación de reparar el daño causado a todo productor, comerciante, industrial o persona inscrita en el Registro Central de Artesanos

---

<sup>239</sup> Por todos, DÍAS, C., *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Tome I, PUAM, 2014, pp. 155 y 156.

<sup>240</sup> Con la salvedad, en el Derecho inglés, de la protección de la UCTA (1977) a la parte débil del contrato; particularmente, a los microempresarios en lo relativo a las cláusulas de exclusión y a la limitación de la responsabilidad civil. Y, en su caso, a las excepciones contempladas por el Derecho estadounidense en la normativa interna estatal para el contrato de franquicia (*Franchise Relationships Laws*) por las que el legislador protegió el poder de negociación de los distribuidores frente a la extinción del contrato o no renovación sin causa.

<sup>241</sup> Es de la misma opinión, MENDOZA-CAMINADE, A., *Droit de la distribution*, Montchrestien, Lextensoéditions, Paris, 2011, p. 124.

<sup>242</sup> Para ampliar, BEHAR-TOUCHAIS, M., "Le mythe de Sisyphe: revu et corrigé par le déséquilibre significatif", *Revue des contrats n° 1*, 31 mars 2015, Lextenso, Paris, p. 67.

por el hecho de “*someter o intentar someter a un colaborador comercial a obligaciones que provoquen un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes*”.

El fundamento de esta normativa reside en la necesidad de reducir la conflictividad y, por ende, la litigiosidad en las relaciones contractuales distributivas. Especialmente, cuando tanto la doctrina como la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*, no estiman procedente aplicar por analogía las disposiciones de la *Loi 25 juin 1991*<sup>243</sup>, integrada en los artículos L.134-1 a 134-17 del *Code de commerce* por la que se equipararía al distribuidor con el agente en algunos derechos como la compensación por clientela<sup>244</sup>.

No obstante, son destacables otras cuestiones significativas introducidas por el Derecho francés para la protección del distribuidor, y, considerando la temática de la investigación escogida, destacan las siguientes iniciativas:

- a) En relación con la **duración del contrato**, se pueden traer a colación diferentes consideraciones legislativas, que limitan el principio de autonomía de la voluntad. En primer lugar, respecto a los contratos de distribución exclusiva, su duración no puede exceder de diez años. Aunque esta limitación al principio de autonomía de la voluntad propuesta por la *Loi 14 octobre 1943* no fue inicialmente aplicable para los contratos de distribución, la jurisprudencia procedió a su aplicación analógica para esta modalidad contractual<sup>245</sup> y el *Code de commerce* francés

---

<sup>243</sup> En el Derecho francés se procedió a la transposición de la Directiva comunitaria nº 86/653, de 18 de diciembre de 1986, de los Agentes comerciales en la *Loi 25 juin 1991*, que está integrada en el *Code de commerce* (arts. 134-1 al 134-17).

<sup>244</sup> A diferencia del Derecho español, la doctrina francesa se encuentra dividida en este punto. Aunque es mayoritaria la posición de no proceder a la aplicación analógica de las disposiciones establecidas en la *Loi 25 juin 1991* para resolver cuestiones derivadas de los contratos de distribución, algunos autores como LICARI o Ph. Le TOURNEAU propusieron esta aplicación como medida de protección al distribuidor en la terminación del contrato. En el supuesto del primer autor, LICARI, sostiene esta posición, estudiando el Derecho comparado, -en particular, el Derecho alemán en su art. 89 HGB que, al igual que el Derecho español en la LCA, prevé supuestos de aplicación analógica para indemnizar a los distribuidores en supuestos determinados. Para ampliar, LICARI, F.X., *La protection du distributeur intégré en droit française et allemand*, Litec, 2002, pp. 99 y ss, y LE TOURNEAU, Ph., *Les contrats de concession*, Litec, Lexisnexis, 2010, p. 155

<sup>245</sup> Esta fue la posición jurisprudencial que defendió la *Cour de Cassation* en resoluciones como, *Cass. Com. 27 avril et 5 nov. 1971*, cuyo fundamento -según el Alto Tribunal- fue el de garantizar el cumplimiento de la cláusula de exclusividad, habida cuenta de que, en los contratos de distribución exclusiva, la cláusula de venta en exclusiva era el objeto principal del contrato. Se trata de los denominados contratos de distribución o suministro petrolífero conocidos en Derecho francés como “*Pompistes de marques*”. En este sentido, vid. *Cass. Com., 27 avr. 1971*, Bull. civ. IV, nº 107. Del mismo modo, para

acabó contemplándola en sus artículos L. 330-1<sup>246</sup> y 330-2<sup>247</sup>. La principal finalidad de estas disposiciones fue, atendiendo a la doctrina especializada, la de proteger al distribuidor frente al proveedor en su rol de parte débil frente al contratante fuerte<sup>248</sup> y evitar una prolongación forzada de la relación contractual mediante una sucesión de contratos de distribución vinculados con el precedente<sup>249</sup>. Con todo, una vez extinguido el contrato es posible que las partes inicien otra relación distributiva de duración análoga, tal y como advirtió la resolución de la *Cour de Cassation –l’arrêt de 11 mars 1981*<sup>250</sup>.

- b) En segundo término, siguiendo con la duración del contrato, en virtud de lo establecido en el art. L.442-6 II e) del *Code du commerce*, el legislador francés ha tratado de proteger a las *pymes*<sup>251</sup> – en los contratos de distribución exclusiva-, limitando la duración del contrato a dos años, siempre que la superficie del punto de venta sea inferior a los 300m<sup>2</sup>. Otra medida relacionada con la duración indefinida de los contratos de distribución es análoga a lo dispuesto en el Derecho español. De hecho, no es cuestión debatida que en ambos ordenamientos las relaciones perpetuas son nulas en la medida que atentan contra la libertad de los contratantes y el orden público<sup>252</sup>. Aunque, en contraste con nuestro ordenamiento, el artículo L.-442-6-I-5º del *Code de commerce* prevé expresamente el desistimiento unilateral como causa de extinción de los contratos

---

profundizar, vid. MENDOZA-CAMINADE, A., *Droit de la distribution*, Montchrestien, Lextensoéditions, Paris, 2011, p. 126 y, sobre en análisis jurisprudencial, DÍAS, C., *Les contrats de distribution à l’épreuve du temps*, Tome I, PUAM, 2014, p. 163.

<sup>246</sup> El art. 330-1 del *Code de commerce* establece que “*el periodo de validez de cualquier cláusula de exclusividad estará limitado a un máximo de diez años. Por esta el comprador, cesionario o arrendatario de bienes muebles se comprometerá con respecto a su vendedor, cedente o arrendador, a no hacer uso de objetos similares o complementarios que provengan de otro proveedor*”. Se trata de una versión oficial traducida obtenida por Legifrance a través de <https://www.legifrance.gouv.fr> (consultado el 15.03.2018).

<sup>247</sup> Por su parte, el contenido del art. L. 330-2 *Code de commerce* es el siguiente: “*Cuando el contrato que contenga la cláusula de exclusividad mencionada en el Artículo L. 330-1 esté seguido de nuevos compromisos análogos, entre las mismas partes, relacionados con el mismo tipo de bienes, las cláusulas de exclusividad contenidas en estos nuevos acuerdos finalizarán en la misma fecha que figure en el primer contrato*”.

<sup>248</sup> En opinión de DÍAS, C., *Op. cit.*, Tome I, PUAM, 2014, pp. 155 y 156.

<sup>249</sup> En este sentido, DIDIER, F., *Droit de la distribution*, Litec, 3ª ed., 2002, p. 295.

<sup>250</sup> Para ampliar, vid. *Cass. Com 11 mars 1981*, Bull., civ. IV, nº 135.

<sup>251</sup> Siguiendo a MENDOZA-CAMINADE, A., *Droit de la distribution*, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2011, p. 126.

<sup>252</sup> Por todos, en Derecho francés, TERRÉ, F., SIMLER Ph., y LEQUETTE, Y., *Les obligations*, Dalloz, Paris, 2002.

mercantiles<sup>253</sup>. De este modo, cualquiera de las partes podrá desistir del contrato siempre que comunique tal decisión a su contraparte notificándose por escrito y respetando el preaviso. La fijación del plazo de preaviso corresponderá a las partes y, en ausencia de pacto, se entiende que deberá ser razonable<sup>254</sup>. En esta línea, resulta muy interesante la interpretación que hacen los tribunales del citado precepto (art. L.442-6, I, 5° del *Code de Commerce*) en la medida que, en palabras de LE TOURNEAU, la jurisprudencia fija un plazo de preaviso razonable atendiendo a los siguientes factores<sup>255</sup>: la longevidad y duración de las relaciones distributivas<sup>256</sup>, la notoriedad del producto<sup>257</sup>, del estado de dependencia económica del perjudicado, la importancia y volumen de negocios, las inversiones no amortizadas del distribuidor consecuencia de la extinción<sup>258</sup> y/o incluso, como las falsas esperanzas de duración de una relación distributiva.

- c) Existen también algunas disposiciones comunes entre el Derecho español y francés en lo relativo a la duración como consecuencia de la normativa comunitaria. Tal es el caso de los contratos de concesión que, en virtud de lo dispuesto en el art. 5 del Reglamento nº 1400/2002, de 31 de julio, relativo al sector del automóvil, las partes no podrán prolongar un contrato de duración determinada por un periodo superior a cinco años. Por tal motivo, los proveedores

---

<sup>253</sup> El artículo 442-6, I, 5° Code de commerce establece: “*Romper brusquement, incluso de forma parcial, una relación comercial establecida sin previo aviso escrito que tenga en cuenta la duración de la relación comercial y que respete el plazo mínimo establecido para dicho aviso por los usos y costumbres del comercio para acuerdos interprofesionales. Cuando la relación comercial corresponda a la provisión de productos bajo marca de distribuidor, la duración máxima del aviso previo será doble de la que sería aplicable si el producto no fuera suministrado bajo la marca del distribuidor. A falta de dichos acuerdos, mediante órdenes del Ministro de Economía se podrá determinar, para cada categoría de productos y teniendo en cuenta los usos y costumbres del comercio, un plazo mínimo de aviso previo y establecer las condiciones de ruptura de las relaciones comerciales, sobre todo en función de su duración. Las disposiciones anteriores no obstaculizarán la facultad de rescisión sin previo aviso en caso de que la otra parte no ejecutase sus obligaciones o en caso de fuerza mayor; Cuando la ruptura de la relación comercial se derive de una convocatoria de ofertas por subasta a distancia, el periodo mínimo de preaviso será el doble del derivado de la aplicación de lo dispuesto en el presente párrafo en aquellos casos en que el periodo del preaviso inicial fuera de menos de seis meses, y de al menos un año en los demás casos*”. Se trata de una versión oficial traducida obtenida por Legifrance a través de <https://www.legifrance.gouv.fr> (consultado el 15.03.2018).

<sup>254</sup> Una vez más, al igual que sucede en el Derecho europeo de contratos, el Derecho francés acude al principio de razonabilidad para determinar el periodo de preaviso en ausencia de pacto.

<sup>255</sup> Para profundizar, LE TOURNEAU, Ph., *Les contrats de concession*, Litec, Lexisnexus, 2010, p. 148

<sup>256</sup> Este es el supuesto, entre otras, de la Sentencia de la *Cour de Cassation de 8 janvier 2002*, entre *M. Sebag* contra *Galeries Lafayette*.

<sup>257</sup> Vid. la Sentencia de T. Com Paris, 2 avril 1999.

<sup>258</sup> Vid. la Sentencia de la *Cour Cass. De 3 nov de 2004*. Para profundizar, Para ampliar sobre la materia, MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la distribution*, Dalloz, 3° éd. Paris, 2015, p. 181.

preferirán concertar contratos de duración indefinida, considerando que, como es sabido, la duración de los contratos es uno de los elementos por los que el concedente podrá mantener su posición dominante respecto del concesionario<sup>259</sup>. Así las cosas, se puede advertir que el principio de la libertad de competencia sirve de protección al distribuidor, en la medida que también reconoce la obligación al proveedor de preavisar con un periodo mínimo de seis meses si la duración del contrato es determinada y un plazo de dos años, si las partes pactaron una relación indefinida<sup>260</sup>. Por último, se ha consolidado la duración indefinida de los contratos de distribución selectiva como consecuencia del Derecho de competencia y de su influencia en la jurisprudencia comunitaria. El Derecho de competencia, que trata de eliminar la rigidez del mercado apostando por la libre competencia, permite al distribuidor selectivo exigir al cabeza de red que prolongue su relación contractual si cumple todos los objetivos pactados en el contrato<sup>261</sup>.

- d) En lo que respecta a las **obligaciones precontractuales**, al igual que sucede en nuestro ordenamiento jurídico en lo referente al contrato de franquicia (art. 62 LOCM), el Derecho francés hace extensible unos deberes de información precontractual para todas las modalidades derivadas del contrato de distribución en los que exista pacto de exclusividad. Con todo, estos deberes se han hecho extensibles para los contratos de concesión, y en menor medida, los contratos de distribución selectiva<sup>262</sup>. En este sentido, el artículo 1 de la *Loi 31 décembre de 1989*, conocida como la *Loi Doubin*, establece la obligación al cabeza de red de poner en disposición del distribuidor de toda la documentación necesaria relacionada con el funcionamiento de la empresa y que deba reflejarse en el Registro Mercantil con un plazo mínimo de veinte días antes de proceder a integrarse en el canal de distribución.
- e) Como es sabido, en ambos ordenamientos jurídicos, el Derecho español y francés, se permite el **desistimiento como causa de extinción para los contratos de**

---

<sup>259</sup> Siguiendo a LE TOURNEAU, Ph., *Les contrats de concession*, Litec, Lexisnexis, 2010, p. 155

<sup>260</sup> Vid. arts. 3.5 a) y 5.b) Reglamento nº 1400/2002, de 31 de julio de 2002.

<sup>261</sup> En este sentido, vid. Sentencia TJCE, 22 de octubre de 1986, asunto 75/84, Metro II contra Com CE. Para profundizar, LE TOURNEAU, Ph., pp. 159 y 160.

<sup>262</sup> La *Cour de Cassation* se pronunció del mismo modo respecto de los contratos de concesión. En este sentido, destaca la Sentencia de 24 septiembre 2003. Para profundizar sobre esta cuestión, DÍAS, C., *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Tome I, PUAM, 2014, p. 58.

**distribución** duración indefinida. La diferencia entre ambos radica en el reconocimiento expreso de dicha facultad en el art. L-442-6, I, 5° del *Code du Commerce*. Entre las razones que asisten a las partes para poner fin al contrato, la jurisprudencia francesa y española reconocen al cabeza de red la facultad de reorganizar su canal de distribución prescindiendo de los servicios por los que contrató al distribuidor, sea por un periodo determinado o indeterminado. En el primero de los casos, el proveedor deberá esperar al cumplimiento del plazo para terminar la relación distributiva, mientras que, en el segundo, a diferencia del Derecho español, el proveedor deberá comunicar por escrito dicha decisión respetando un plazo de preaviso razonable. El fundamento de este precepto, al igual que en el art. 1258 del Código Civil español, viene motivado por el principio de buena fe del art. 1134 del *Code Civil*<sup>263</sup> que preside las relaciones contractuales, Este extremo es también contemplado por la jurisprudencia francesa de la *Cour de Cassation*<sup>264</sup>. Con todo, desde la reforma del Derecho de contratos operada en Francia hace poco más de un lustro, con motivo de la entrada en vigor de la *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016* se preve la buena fe en tres disposiciones distintas de tal precepto; regulado en los arts. 1103, 1104 y 1193 del *Code Civil*<sup>265</sup>.

- f) Del mismo modo que en nuestro ordenamiento jurídico, las partes han podido prever una cláusula **hardship**, que permite la renegociación de los términos del contrato ante una alteración sobrevenida de circunstancias por motivos ajenos a

---

<sup>263</sup> El art 1134 Code Civil establecía –hasta el 1 de octubre de 2016- : “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*”.

<sup>264</sup> El principio de buena fe (*bonne foi*) es una constante en las relaciones distributivas celebradas conforme al Derecho francés. A modo de ilustración, destacan las Sentencias de la *Cour Cassation*, de 7 octobre de 2014 y de 8 de octobre de 2003, *Cass. Com.*, (Fiat n° 12-22.952). Para ampliar sobre la materia, MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la distribution*, Dalloz, 3° éd. Paris, 2015, pp. 179 y 195, respectivamente.

<sup>265</sup> En este sentido, los citados artículos establecen lo siguiente: El art. 1103 CC francés dispone que “*les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*”, que es semejante al precepto del CC español que establece que los contratos tienen fuerza de ley para las partes. Por su parte, el contenido del art. 1193CC francés añade una disposición con idéntico significado al art 1156 CC, cuando regula que el contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, si bien, va más allá al introducir la posibilidad de modificar o revocar el contrato de mutuo acuerdo, independientemente de las causas que autorice el legislador. En este sentido, y cito textualmente, el *Code Civil* establece: “*les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise*. Finalmente, concluyen las referencias al principio de la buena fe en el art. 1104 CC “*les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d’ordre public*”.

la voluntad de los contratantes. Los términos de la renegociación del contrato deben realizarse conforme a la doctrina de la buena fe. Sin embargo, la desde la denominada *Loi Hamon*, de marzo de 2014, las partes están obligadas a incluir en el contrato una cláusula que les habilite para renegociar los términos del acuerdo sobre cuyos productos el precio pueda resultar fluctuante, al alta o la baja<sup>266</sup>. Este es el caso del art. *L. 441-8 del Code de Commerce, modificado por la Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars (art.2)*. Por otra parte, la obligación de renegociar los términos del contrato afecta de forma específica a los contratos de franquicia, que, según la doctrina, conllevan la obligación de asistencia y colaboración del franquiciador para con el franquiciado durante la formación y ejecución del contrato. Esta contraprestación, implica en palabras de MALAURIE-VIGNAL el deber implícito de adaptación de los términos del contrato, cuyo saber-hacer debe ser renovado y adaptado a las necesidades de los franquiciados<sup>267</sup>.

- g) Finalmente, en línea con lo anterior, las partes sólo podían modificar el contrato si ambas estaban de acuerdo. Resulta también destacable el art. 1195 CC desde la entrada en vigor *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016* que regula por primera vez en Francia la “*théorie de l'imprévision*”. Este nuevo precepto implica la intervención judicial para la adaptación de los términos del contrato, prohibida hasta la fecha. Para su aplicación se requiere el fracaso de las negociaciones entre las partes, siempre que éstas lo acepten o que, al menos, una lo solicite<sup>268</sup>. Con todo, se desprende igualmente que, de tal actuación judicial, el tribunal podrá poner fin al contrato cuando las partes no alcancen acuerdo, o al menos, una de ellas lo requiera<sup>269</sup>.

---

<sup>266</sup> Se profundiza sobre la materia en el capítulo relativo a la alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos de distribución, capítulo IV de la II parte de este trabajo.

<sup>267</sup> Para profundizar, MALAURIE-VIGNAL, M., *Op. cit.*, 3° éd. Paris, 2015, p. 143.

<sup>268</sup> Tal y como indica el art. 1195 Code Civil francés el poder de renegociación de los términos del contrato se justifica siempre que se haya producido un cambio de circunstancias que no fuere previsible al tiempo de la celebración del contrato y la ejecución del acuerdo resulte excesivamente onerosa para una de las partes que no hubiera asumido previamente el riesgo.

<sup>269</sup> En este sentido se ha pronunciado también PLAZA PENADÈS, J., “El change of circumstances o el cambio de circunstancias, una visión de Derecho comparado” en SÁNCHEZ GARCÍA, J., y PÉREZ DAUDÍ, V., (Dirs.), *Cláusula rebus sic stantibus*, VLex, Barcelona, 2021, p. 21.

### 3. Derecho italiano

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos continentales, una de las singularidades del Derecho italiano fue el intento de regulación de los contratos de distribución bajo las disposiciones del contrato de suministro (*contrato de somministrazione*), que consistía en la venta continuada de bienes y servicios, tal y como establece el art. 1559 del *Codice Civile*<sup>270</sup>. No obstante, aunque tanto un sector de la doctrina como la jurisprudencia consideran que los contratos de distribución son un tipo específico del contrato de suministro<sup>271</sup>, la opinión predominante lo considera un contrato atípico<sup>272</sup>. Por lo que, no puede entenderse que tal precepto resulte una regulación específica de los contratos de distribución, denominados en italiano *contratti di concessione di vendita*<sup>273</sup>.

La atipicidad de los pactos de distribución como modalidad contractual autónoma viene justificada, como sucede en nuestro ordenamiento jurídico, por las divergencias existentes entre los contratos de *concessione di vendita* que rigen las relaciones distributivas y los contratos de suministro. Los contratos de distribución son acuerdos por los que se procede a la comercialización de bienes y servicios de forma continuada (art. 1559 *Codice Civile*). Si bien, a diferencia de la compraventa, la actividad conlleva la reventa ejercida por el distribuidor conforme a las indicaciones del proveedor o cabeza de red<sup>274</sup>.

En línea con lo anterior, a falta de un estatuto jurídico que proteja al distribuidor, las partes pueden determinar las cláusulas de duración o terminación que estimen por conveniente para la tutela de sus intereses, y, para la protección de las inversiones realizadas por el distribuidor para la explotación del negocio<sup>275</sup>. Asimismo, pese a la

---

<sup>270</sup> El artículo 1559 del *Codice civile italiano* establece: “*la somministrazione è il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose*”.

<sup>271</sup> Así lo expone BORTOLOTTI, F., en “Los contratos de distribución en Europa: el caso de Italia” en VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A. Y RUÍZ PERIS, J.I., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Editorial LA LEY, Madrid, 2012, p. 128.

<sup>272</sup> En este sentido, CICALA, FIORELLI, PERCIVALLE e RAIMONDO, “Italy”, *International Agency Distribution Handbook, Baker & McKenzie*, 2015, pp.263-300. Del mismo modo, BALDI, R., *Il contratto di agenzia*, cuarta ed. Giuffrè Editore, Milano, 1987, p. 66.

<sup>273</sup> Por todos, BORTOLOTTI, F., vid. supra. *La reforma...*, LA LEY, Madrid, 2012, p. 128.

<sup>274</sup> Por todos, GARCÍA HERRERA, A., *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 238.

<sup>275</sup> Por todos, vid. Anexo, “Legislación internacional: Italia”, en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial, Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Monografías Tirant, Valencia 2010, pp. 400 y ss. (El extracto fue elaborado por Baker& McKenzie Barcelona, a partir del capítulo realizado por CICALA, A., FIORELLI, G.I., DI LORENZO, P., RAIMONDO, A., y

libertad contractual que preside las *relaciones iusprivatistas*, los contratantes deberán respetar las restricciones establecidas por el derecho de la competencia en lo relativo a la exclusividad del contrato. Con todo lo expuesto, se van a exponer algunas de las principales similitudes y diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos español e italiano en lo que respecta a la extinción de los contratos de distribución.

a) En primer lugar, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el español o el alemán<sup>276</sup> resulta destacable la negativa jurisprudencial de la **aplicación analógica** de la regulación italiana de **los contratos de agencia para los acuerdos de distribución**. En este sentido, a pesar de las competencias tan similares que desempeñan el distribuidor y el agente comercial, sea por tratarse de contratos de colaboración y por el alcance del *intuitu* en su respectiva terminación<sup>277</sup>, prevalecen las diferencias existentes entre ambos para la jurisprudencia italiana. Por tal motivo, los tribunales han rechazado dicha aplicación, y, con ello, la protección del distribuidor<sup>278</sup> haciendo hincapié en la naturaleza jurídica de ambos contratos. De un lado, el distribuidor, que actúa asumiendo un riesgo como comprador-revendedor mientras que el agente comercial interviene como intermediario. Otro argumento que reitera el rechazo de la aplicación por analogía de las disposiciones relativas al contrato de agencia para las relaciones distributivas es la regulación en el *Codice Civile* de los contratos de suministro, que, por el contrario, sí que resultan de aplicación analógica para los contratos de distribución<sup>279</sup>.

b) En segundo término, en lo que respecta a la **duración**, la relación distributiva podrá prolongarse durante un tiempo determinado o indefinido. En el segundo de

---

PERCIVALLE, U. publicado en la obra *International Agency and Distribution Handbook*, 2018, pp. 263-300.

<sup>276</sup> El ordenamiento jurídico alemán, a diferencia del italiano, protege al distribuidor en el momento de la terminación del contrato mediante la aplicación analógica de las disposiciones previstas en la Ley del contrato de agencia para los supuestos de extinción de las relaciones distributivas. Siguiendo a BORTOLOTTI en la comparativa entre el Derecho italiano y el alemán, BORTOLOTTI, F., *Manuale di Diritto commerciale internazionale*, Vol. III, *La distribuzione internazionale contratti con agenti, distributori ed altri intermediari*, CEDAM, Padova, 2002, pp. 251 y ss.

<sup>277</sup> Sobre la influencia del *intuitu personae o instrumenti*- en los contratos de distribución y su extinción, me ocupo en el último capítulo de este trabajo.

<sup>278</sup> Para ampliar, BALDI, R., *Il contratto di agenzia*, cuarta ed., Milano, 1987, pp. 99-101 y 108-109, GARCÍA HERRERA, A., *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 237.

<sup>279</sup> En este sentido, BORTOLOTTI, F., *Op. cit.*, Madrid, 2012, p. 129.

los supuestos, al igual que en el resto de los ordenamientos jurídicos tanto continentales como en aquellos de origen anglosajón, las partes podrán prever una cláusula de terminación que faculte a cualquiera de ellas la posibilidad de desistir el contrato sin necesidad de alegar justa causa. Esto es, la introducción de un desistimiento *ad nutum* que permita dar por finalizado un contrato respetando un periodo de preaviso que resulte razonable. Lo que resulta especialmente aconsejable para evitar futuros conflictos entre las partes, considerando la inexistencia de una legislación específica que tutele los intereses del distribuidor<sup>280</sup>. Ahora bien, si las partes han previsto un periodo de preaviso en el contrato, los tribunales habrán de respetarlo, aún en el supuesto de que el mismo pudiera resultar excesivamente corto<sup>281</sup>. A modo de ilustración, destaca el caso *Gioia c. Societa Italiana Gervais Danone* (1991)<sup>282</sup>, cuyo periodo contractual de preaviso previsto era de 15 días, y que fue especialmente criticado por la doctrina por contravenir el principio de la buena fe<sup>283</sup>. Asimismo, en esta línea, se puede traer a colación otro supuesto semejante pero más reciente en la Corte de Apelación de Roma, es el de la *Associazione Concessionari Revocati (auto Renault) c. Renault Italia Spa* (2018)<sup>284</sup>, relativo a la extinción de un contrato de concesión entre la concedente y la asociación de concesionarios. En el presente caso, la Corte de Apelación de Roma reconoció la validez de tal desistimiento, en la medida que las partes habían previsto expresamente en el contrato la facultad unilateral del concedente de desistir *ad nutum*. Por tal motivo, Renault Italia estaba exenta de alegar causa alguna de terminación del contrato a cada uno de los concesionarios con los que dio por finalizado el acuerdo. De lo contrario, se atendería contra el principio de autonomía de la voluntad. En este sentido, se pronuncia el tribunal:

---

<sup>280</sup> Así lo apuntan, habida cuenta el estudio sistemático de los supuestos litigiosos en la práctica, los letrados del despacho Baker & McKenzie de la oficina sita en Italia, encargados de elaborar el extracto del Derecho italiano en lo que respecta a los contratos de agencia y distribución. En particular, CICALA, A., FIORELLI, G.I., DI LORENZO, P., RAIMONDO, A., y PERCIVALLE, U., *Op. cit.*, EMEA, 2018, pp. 263-300.

<sup>281</sup> Como consecuencia del respeto al principio de autonomía de la voluntad, en lo referente a los contratos de franquicia (*franchising*), BALDI, R., *Op. cit.*, Milano, 1987, p. 104.

<sup>282</sup> Para ampliar, Vid. Trib. Torino, 15 settembre 1989, *Gioia c. Soc. Gervais Danone Italiana*, in *Giur.it.* 1991, I, 1, 834. Asimismo, BORTOLOTTI, R., *Manuale di Diritto commerciale internazionale*, Vol. III, *La distribuzione internazionale contratti con agenti, distributori ed altri intermediari*, CEDAM, Padova, 2004, p. 262.

<sup>283</sup> Para profundizar sobre el principio de buena fe y el periodo de preaviso en el Derecho italiano, vid. PARDOLESI, R., *I contratti de distribuzione*, Editore Jovane Napole, 1979, p. 328.

<sup>284</sup> En este sentido, vid. *Sentenza de la Corte di Appello di Roma, de 5 febbraio 2018*, (Dec. No. 691/2018).

*«...una volta stabilito che la Renault era titolare del diritto di recesso ad nutum –osservava la Corte- correttamente il Tribunale ha escluso di poter esercitare un controllo dell'atto di autonomia. Se l'autonomia privata ha riconosciuto la possibilità di recedere dal contratto, non necessario alcun controllo causale circa l'esercizio del potere...»*

Igualmente, la *Sentenza* pone de manifiesto que no puede entrar a valorar la causa de la terminación o su finalidad (*lo scopo*), puesto que el legislador admite dicha posibilidad cuando reconoce el desistimiento *ad nutum* en los contratos de carácter indefinido. Inadmitirlo o, por el contrario, entrar a cuestionar la causa de la extinción, supondría una nueva valoración del ejercicio de dicho derecho, lo que implicaría la transformación de un desistimiento *ad nutum* en una terminación con justa causa que, además, atentaría contra el principio de libertad contractual, siendo, por tanto, la voluntad de los tribunales. Y cito textualmente:

*“Ma lo “scopo” per il quale il diritto di recesso ad nutum –nelle varie ipotesi in cui esso opera- viene ammesso dal legislatore (che avrebbe, in teoria, potuto prevedere una regola opposta, di recesso “causale”), è, appunto, no altro che quello di consentire al recedente di potersi sciogliere dal contratto (di norma, dando un preavviso alla controparte) senza la necessita di addurre alcuna particolare motivazione (e/o alcuna causa giustificatrice). Questo scopo non è, dunque, violato se il contraente recede immotivatamente, e pertanto non può censurarsi l'esercizio del diritto sotto il profilo della “causa” (recius: motivo) che lo ha determinato quale che sia tale causa, perché così facendo si introdurrebbe ex post una nuova qualificazione del diritto (nel senso che si trasformarrebbe un diritto di recesso ad nutum in un recesso “causale) ad opera del giudice.*

Sin embargo, la Corte de Apelación de Roma concluye pronunciándose sobre la corrección de los medios empleados para llevar a cabo la extinción del contrato, advirtiendo que éstos no han sido los debidos. Y todo ello porque la concedente Renault ha vulnerado el principio de buena fe con el que, en virtud de lo establecido en el art. 1375 del *Codice civile*, las partes deben actuar en y durante la ejecución del contrato. Así lo dispone el Tribunal en l'*esposizione delle ragioni di fatto e di Diritto*, y, particularmente, en el fallo:

*“Non si sottrae, insomma, ad un controllo in base al canone della buona fede, che costituisce fondamentale criterio di valutazione del comportamento delle parti nell' essecuzione del contratto (art. 1375 CC)”.*

c) Por su parte, no es cuestión debatida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que, en **ausencia de pacto**, se reconozca el desistimiento *ad nutum* como causa de extinción de los contratos duraderos de distribución. En este sentido, las partes también están legitimadas para dar por terminado un contrato si así lo estiman conveniente siempre que respeten un periodo de preaviso que resulte razonable conforme a los parámetros anteriormente mencionados. Y ello es porque, del mismo modo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico, las partes podrán desvincularse del contrato cuando consideren con el fin de evitar las relaciones jurídicas perpetuas. Ahora bien, resulta conveniente mencionar que una de las peculiaridades del ordenamiento jurídico italiano, a diferencia del Derecho español, prevé de forma sistematizada el desistimiento (*recesso*<sup>285</sup>) como figura extintiva de carácter extrajudicial de los contratos en el art. 1373 del *Codice Civile*<sup>286</sup>. Y, particularmente, en lo que respecta a los contratos de concesión y distribución, la jurisprudencia italiana llega a esta conclusión considerando la aplicación analógica del mismo conforme lo dispuesto tanto en el art. 1569 *Codice Civile* –respecto del contrato de suministro– como, por lo establecido en el art. 1725 *Codice Civile* que justifica el desistimiento unilateral como causa extintiva de contratos duraderos de mandato<sup>287</sup> siempre que se respete un periodo de preaviso razonable<sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> En aras de proceder a una sistematización de la terminología utilizada, resulta conveniente establecer una traducción correcta del término italiano *recesso*. Por tal motivo, cabe concretar el alcance del término *recesso*, que puede identificarse con el desistimiento unilateral *ad nutum* (como es el presente supuesto que se trata de abordar en el texto) o con la terminación del contrato por justa causa (*recesso per giusta causa*). Aunque no existe unanimidad doctrinal al respecto, esta posición es la visión más preponderante. Para ampliar sobre el *recesso* en el ordenamiento jurídico italiano, entre los laboristas, MANCINI, G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1962, pp.202 y ss.. Del mismo modo, GABRIELLI, G., “*Recesso e risoluzione per inadempimento*”, *Riv trimestrale dir. Proc. Civile*, II, 1974, 733 (725-751) y, en Derecho de la distribución, BORTOLOTTI, F., *Manuale di Diritto commerciale internazionale*, Vol. III, *La distribuzione internazionale contratti con agenti, distributori ed altri intermediari*, CEDAM, Padova, 2004, p. 262. En nuestra literatura, es destacable el estudio de esta figura jurídica realizado por KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 44.

<sup>286</sup> El artículo 1373 *Codice Civile* italiano establece: “*Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita. È salvo in ogni caso il patto contrario*”.

<sup>287</sup> Este extremo último presenta una similitud con nuestro ordenamiento jurídico habida cuenta que la jurisprudencia reconoce el desistimiento como causa de extinción de los contratos de distribución, del mismo modo que establece el Código Civil en los contratos de obra o mandato.

<sup>288</sup> Respecto al periodo de preaviso razonable, vid supra (epígrafe b *in fine* del Derecho italiano). A diferencia de lo que sucede en el contrato de agencia, o en los contratos de franquicia de duración determinada, en ausencia de pacto, no existe un periodo concreto para los contratos de distribución (*concessione di vendita*).

En lo que respecta a la **duración del periodo de preaviso**, al igual que sucede en el contrato de agencia, la jurisprudencia italiana se sirve, además del nivel de ingresos obtenidos por el distribuidor, de la duración del contrato como criterio fundamental para la concreción del plazo de preaviso que deberá respetar la parte que desiste antes de finalizar el contrato<sup>289</sup>, siendo –en la práctica– el plazo de seis a nueve meses considerado el más adecuado y razonable<sup>290</sup>. Con todo, en algunos casos, el periodo de preaviso es, según la doctrina, menor y oscila entre los tres, cuatro o seis meses<sup>291</sup>.

- d) Otra de las particularidades más destacadas del Derecho italiano es la **regulación del contrato de franquicia** mediante la *Legge n° 129 de 6 maggio 2004, de Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*<sup>292</sup>, (en adelante, *Legge n° 129/2004*) que, a diferencia del art. 62 de la Ley de ordenación del contrato minorista española, no sólo aborda el estudio de las obligaciones precontractuales<sup>293</sup> sino que, contempla también, determinadas cuestiones a la

---

<sup>289</sup> A su vez, los tribunales italianos determinarán el periodo de preaviso razonable considerando también otros criterios alternativos a la duración de los contratos, como son: la partida de ingresos obtenida por el distribuidor y el nivel de inversiones realizadas por éste para la explotación de su negocio.

<sup>290</sup> La estimación de entre seis y nueve meses como un periodo de preaviso razonable no implica que, en virtud de los posibles supuestos contractuales y de sus circunstancias, los tribunales invoquen plazos más cortos o más largos. En este sentido, así lo exponen los abogados de la firma en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial, Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant Monografías, Tirant lo Blanch, 2015, p. 234.

<sup>291</sup> En este sentido, son destacables los siguientes casos: *App. Genova, 14 luglio 1955, Franchetti c. Pastificio Ex Combattenti* (s.m.) in Foro pad., 1955, ii. 70. (se reconoció un preaviso de tres meses), el *App. Milano 30 ottobre 1959, Hurlimann c. Lombarda Alimentari*, in Foro it., 1960, c. 486 (el periodo de preaviso estimado fue cuatro meses). Como pone de manifiesto BORTOLOTTI, F., *Manuale di Diritto commerciale internazionale*, Vol. III, *La distribuzione internazionale contratti con agenti, distributori ed altri intermediari*, CEDAM, Padova, 2004, p. 261.

<sup>292</sup> Con la *legge n° 129 de 6 maggio 2004, de Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, el legislador italiano ha decidido intervenir con la finalidad de garantizar una mejor tutela de los negocios entre las partes. Inspirado en el *Codice Deontologico dell'Associazione Italiana del Franchising* –que a su vez se nutre del Código Deontológico Europeo–, este instrumento legislativo entró en vigor en mayo 2004, y supuso el punto de partida de la regulación de esta modalidad contractual en Italia. De hecho, en 2005 se promulgó el Decreto n° 204 cuyo ámbito de aplicación se centraba únicamente en los franquiciadores que hubieran operado fuera del Italia y estén interesados en desarrollar su actividad empresarial en el territorio italiano.

<sup>293</sup> A diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, (en el que se conceden veinte días) en el Derecho italiano, el franquiciador deberá cumplir las obligaciones precontractuales de entrega de documentos y de información relativa al bienestar económico de la firma con una anterioridad mínima de treinta días a la celebración del contrato. Este plazo se extiende en diez días más a los veinte días previstos por el legislador y francés para proceder al cumplimiento de las citadas obligaciones.

duración y terminación del contrato en el art. 3 de la *Legge* n° 129/2004<sup>294</sup>, estableciendo una duración mínima del contrato, y refiriéndose a la resolución por incumplimiento anticipado de los contratos como causa de extinción de los contratos. Así las cosas, conforme lo establecido el art. 3.3° del citado texto legal, en los contratos de franquicia celebrados por tiempo determinado, el franquiciado deberá garantizar al franquiciado la duración suficiente que le permita amortizar las inversiones realizadas<sup>295</sup>, periodo que no podrá ser inferior a tres años.

No obstante, el legislador italiano no aborda de forma completa la regulación del contenido contrato de franquicia, inclinándose por una intervención parcial en lo que respecta a un punto tan crítico como la duración y sus modalidades<sup>296</sup>. De hecho, esta afirmación se fundamenta en la limitación de la aplicación del art. 3.3° de la *Legge* n°129/2006 para los contratos de duración determinada, lo que excluye la amortización de las inversiones realizadas al franquiciado en los términos establecidos en el citado texto legal para los contratos duraderos. Por tal motivo, tal y como se desprende del citado precepto legal, se obliga a las partes solventar cualquier posible desencuentro conforme a las disposiciones previstas en la teoría general del contrato<sup>297</sup>. Por su parte, el artículo 3.3° *in fine* *Legge* n° 129/2004, añade “*E’ fatta salva l’ipotesi di risoluzione anticipata per inadempienza di una delle parti*”, que viene a reafirmar la posibilidad de proceder a la resolución del contrato por un incumplimiento anticipado de las obligaciones por cualquiera de las partes. Si bien, como se apuntará más adelante, en la segunda parte de este trabajo de investigación, para alegar el citado incumplimiento por cualquiera de las partes, deberá necesariamente concurrir una justa causa<sup>298</sup>.

---

<sup>294</sup> El artículo 3 de la *Legge* n° 129/2004 establece: “*Qualora il contratto sia a tempo determinato, l’affiliante dovrà comunue garantiré all’affiliato una durata minima sufficiente all’ammortamento dell’investimento e comunque non inferiore a tre anni. E’ fatta salva l’ipotesi di risoluzione anticipata per inadempienza di una delle parte...*”

<sup>295</sup> Para el posible cálculo de las inversiones realizadas en el contrato de franquicia en el Derecho italiano, el art. 3.4° a) de la *Legge* n° 129/2004, cita textualmente: “*l’ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l’affiliato deve sostenere prima dell’ inizio dell’attività*”.

<sup>296</sup> Siguiendo a BORTOLOTTI, F., *Il contratto di franchising. La nuova legge sull’affiliazione commerciale, le norme antitrust europee*, CEDAM, Padova, 2004, p. 81.

<sup>297</sup> Del mismo modo, BORTOLOTTI, F., *Il contratto di franchising...*, p. 82.

<sup>298</sup> Para profundizar sobre el incumplimiento anticipado, vid. capítulo relativo a la resolución por incumplimiento como causa de extinción de los contratos de distribución de este trabajo, (Capítulo II de la II parte de este Trabajo).

- e) Asimismo, resulta interesante abordar alguna de las particularidades del Derecho italiano en lo relativo a la resolución del contrato por el incumplimiento de una de las partes<sup>299</sup>. Según dispone la jurisprudencia acerca el art. 1453 del *Codice Civile* italiano, al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, se puede resolver el contrato de forma extrajudicial, sin necesidad de acudir a los tribunales para su terminación.
- f) Finalmente, a diferencia del Derecho español, el *Codice Civile* contempla la institución relativa al cambio de circunstancias en su art. 1467. Dicho precepto dispone que, producida una alteración de circunstancias que ocasione excesiva onerosidad en la ejecución de una obligación adquirida, la parte perjudicada por tal cambio podrá poner fin al contrato con los efectos del art. 1458 CC italiano<sup>300</sup>. Pero, no resultará posible la terminación del acuerdo cuando las dificultades excesivas estén dentro de la distribución normal del riesgo establecido en el contrato. O bien, el acontecimiento inesperado resultare previsible.

### **III. Propuestas nacionales de regulación de los contratos de distribución en el ordenamiento jurídico español:**

Una vez abordado el estudio del Derecho comparado tanto en el ámbito del *Common Law* como en el Derecho continental, se va a profundizar en el estudio de los distintas propuestas de regulación de los contratos de distribución en nuestro ordenamiento jurídico que, como se ha advertido, se han inspirado en algunos de los textos *soft law* de armonización del Derecho europeo de contratos como el DCFR, y, en menor medida, en proyectos internacionales como los PU, o la CV que sí forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno.

En línea con lo anterior, los intentos de regulación de los contratos de distribución en nuestro ordenamiento jurídico no han cesado en la última década. Como es sabido, tanto la doctrina como el legislador han abordado –con resultados poco satisfactorios hasta la

---

<sup>299</sup> Según se ha pronunciado la jurisprudencia de la *Corte Suprema de Cassazione* sobre el art. 1453 del *Codice Civile* italiano, se puede proceder a la resolución extrajudicial del contrato, sin necesidad de acudir a los tribunales.

<sup>300</sup> Siguiendo a *Op. cit.*, PLAZA PENADÉS, J., 2021, p. 25.

fecha- la regulación de esta modalidad contractual con la finalidad de dotar al sector distributivo de un instrumento normativo de alcance general actualizado al nuevo contexto económico considerando a los modelos de negocio utilizados en el mercado<sup>301</sup>. La finalidad de estas propuestas reside en la mejora de la transparencia en el sector y el fomento de la competitividad, incidiendo en el equilibrio entre las partes, y finalmente, en la disminución de la conflictividad de las relaciones distributivas<sup>302</sup>, que se acentúa con la terminación de los contratos.

Las propuestas de regulación se han centrado, al igual que este trabajo, en el estudio de los contratos de distribución *stricto sensu*. Esto es, un análisis detallado no más allá de los contratos de distribución exclusiva, distribución selectiva, autorizada y franquicia sin profundizar en el contenido de otras modalidades contractuales afines. Con todo, alguno de estos textos como la PCC, elaborada por la APDC (2016) e inspirada en el DCFR (2008), ha optado por incluir además reglas especiales para los contratos de agencia<sup>303</sup>, a diferencia del resto de propuestas como la PALCD (2006), PLCD (2011), PCM (2013) y la PALCM (2018).

Definido el alcance de las relaciones distributivas en el capítulo primero de este trabajo, se va a examinar el contenido de cada una de las propuestas nacionales de regulación de los contratos de distribución, averiguando los efectos de tales regulaciones en las causas de extinción de los contratos y sus consecuencias en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Dicho lo cual, se contemplará la regulación de la duración de los contratos como elemento esencial en la terminación de las relaciones distributivas en las diferentes propuestas objeto de estudio, además del desistimiento unilateral, la resolución por incumplimiento, la alteración sobrevenida de circunstancias y la incidencia del *intuitu personae* como causas de extinción de los contratos de distribución.

---

<sup>301</sup> Vid. Exposición de motivos en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución (PLCD, 2011), publicado en el BOE de 29 de junio de 2011, Núm. 138-1.

<sup>302</sup> En este sentido, la Exposición de Motivos del PLCD (2011) pone de manifiesto la conflictividad que atraviesa el sector distributivo enfatizando la necesidad de instaurar una cultura de colaboración, diálogo y mediación ante los conflictos.

<sup>303</sup> Vid. arts. 5105-1 al 5105-6 del Capítulo V del Título X “De los contratos de Distribución”, del Libro V (Obligaciones y contratos), de la PCC elaborada por la APDC (2016) en *Propuesta de Código Civil. Libros V y VI*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 264-268.

En primer lugar, la duración es un elemento esencial de los contratos de distribución que determina y condiciona su extinción. Acertadamente, todas las propuestas reflejan-en sus arts. 21 PLCD (2011), 543-18 PCM (2013), 5104-1 PCC (2016) y 545-18 PALCM (2018)- que la duración puede ser definida o indeterminada, con la salvedad de la prohibición contraria al orden público por la que nadie puede quedar vinculado contractualmente a perpetuidad o *sine die*<sup>304</sup>. Igualmente, los textos reconocen en sus disposiciones –art.22 PLCD (2011), art. 543-18 PCM (2013), art. 5104-1 PCC (2016) y 545-18 PALCM (2018)- que la duración del contrato será indefinida si no se ha previsto una duración determinada en el contrato. De este modo, las propuestas de regulación de los contratos de distribución en lo referente a la duración, al igual que sucede en la teoría general de obligaciones y contratos, el mero cumplimiento del término pactado o la concurrencia de una justa causa serán los motivos de terminación del contrato<sup>305</sup>. Asimismo, no es cuestión debatida si las partes continúan ejecutando el contrato después de haber transcurrido el plazo inicialmente previsto, los contratos de distribución –como apunta el art. 543-19 PCM (2013) y 545-19 PALCM (2018) se considerarán transformados en contratos de duración indefinida.

En lo relativo a las causas de extinción, prácticamente todas las propuestas coinciden en que el desistimiento unilateral junto con la resolución por incumplimiento son la principal causa de extinción los contratos de distribución de duración indefinida<sup>306</sup>. Independientemente de las distintas cuestiones terminológicas con las que se refieren al desistimiento, los arts. 23.1 PLCD (2011), art.543-20.1 PCM (2013), art. 5104-2.1 PCC (2016), el art. 545-20.1 PALCM (2018) incluso el art. 25 LCA- o propuestas europeas de regulación de los contratos de distribución –DCFR- optan por la utilización del término denuncia en detrimento del desistimiento unilateral<sup>307</sup>. Con todo, los efectos para desistir de los contratos de distribución celebrados por tiempo indefinido serán semejantes, y las partes deben respetar el periodo de preaviso fijado en el contrato. La principal

---

<sup>304</sup> Sobre el principio general del Derecho que prohíbe las relaciones contractuales perpetuas o *sine die* me ocupo en el capítulo 3 de la Parte II de este trabajo, que lleva por título “Concepto y fundamento de la duración de los contratos de distribución”.

<sup>305</sup> En este sentido, vid. art. 22.1 PLCD (2011),

<sup>306</sup> Vid. los arts. 23.1 PLCD (2011), 543-20 PCM (2013), y 5104-2 PCC (2016). En el Marco Común de Referencia, vid. art. IV.E.- 2:302 DCFR.

<sup>307</sup> Sobre las posibles diferencias o similitudes entre los términos denuncia y desistimiento, me ocupo en el capítulo 1 Parte II sobre el desistimiento unilateral *ad nutum* como causa de extinción de los contratos de distribución de este trabajo de investigación, pp.151-152 y ss.

discrepancia entre los textos se produce en la PCC (2016) elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que está inspirada en el Marco Común de Referencia europeo, y que -a diferencia del art. 25 LCA, y de las propuestas PLCD (2011), el PCM (2013) y el PALCM (2018)-, establece una fórmula abierta para determinar el plazo con el que la parte que desiste del contrato debe preavisar a su contraparte. En particular, esta fórmula establece que: *“las partes pueden establecer libremente los plazos de preaviso que entiendan razonables, siempre que sean iguales para ambas partes y que tengan en cuenta la posición de dependencia económica que una de las partes pueda encontrar respecto de la otra”*.

Por su parte, el resto de las propuestas –art. 23.2 PLCD (2011) , art. 543-20.2 PCM (2013) y art. 545-20.2 PALCM (2018)- se alejan del DCFR inspirándose en el art. 25 LCA, que determina un periodo de preaviso de un mes por cada año de vigencia del contrato hasta un máximo de seis meses. Igualmente, resulta muy interesante en nuestra opinión, el tercer apartado del art. 23 PLCD (2011) que –como contraste a todos los demás textos- amplía el plazo de preaviso para dos supuestos específicos. En el primero, el periodo de preaviso que se deberá notificar a la parte desistida será de seis meses *“cuando, salvo pacto en contrario, en los casos en que un comprador o grupo de compradores coordinado sea adquirente habitual de más de la mitad de la producción de un proveedor productor en origen”*, mientras que en el segundo, el plazo se ampliará a un año, cuando *“un proveedor en origen venda la totalidad de su producción a un único comprador o grupo coordinado de compradores y la producción requiera de una planificación de la campaña con antelación superior a uno año”*.

Sin embargo, la posición de los textos resulta unánime en lo que concierne al respeto del preaviso para con la parte desistida. De hecho, la totalidad de propuestas defiende que el incumplimiento por una de las partes del deber de preavisar dará derecho a exigir a la otra parte una indemnización por los daños y perjuicios originados por dicha causa. Así lo establecen los arts. 23.4 PLCD (2011), el art. 543-20.6 PCM (2013) y el último de los apartados del art. 5104-2 PCC (2016).

Otro de los supuestos más frecuentes de extinción de los contratos de distribución junto con el desistimiento, es la resolución por incumplimiento del contrato. Sin embargo,

resulta paradójico que ninguna de las propuestas haya dedicado un precepto autónomo a esta causa de terminación de los contratos tan habitual en la práctica.

- a) De entre todas las propuestas, el art. 24 PLCD (2011) –referente a otros supuestos de extinción- presenta, ciertamente, la regulación más completa al contemplar que: *“las partes de un contrato de distribución podrán dar por finalizado el contrato en cualquier momento sin observar plazo de preaviso cuando la otra parte hubiera incumplido de manera grave y reiterada, total o parcialmente, las obligaciones legales o contractuales vinculadas al cumplimiento del contrato y el incumplimiento no fuera subsanado a satisfacción de la parte cumplidora de forma razonable en el plazo establecido”*. Asimismo, el citado precepto *in fine* establece, siguiendo a la CV, en el apartado 2 del art. 24, s el denominado principio de segunda oportunidad que permite a la parte incumplidora la subsanación del incumplimiento, que, en defecto de pacto, será de treinta días.
- b) Por su parte, tanto el art. 543-21 PCM (2013) como el art. 545-21 PALCM (2018), resultan una reproducción parcial del art. 24 PLCD (2011), con la salvedad de que no contempla el incumplimiento y lo sustituye por el concurso de acreedores. No cabe duda de que la declaración concursal de la empresa puede conllevar la terminación de los contratos de distribución, pero atendiendo a la elevada litigiosidad que presenta la resolución por incumplimiento en la práctica, resulta sorpresivo que el legislador haya optado por no contemplar, como tal, dicha causa en la regulación.
- c) Finalmente, la Propuesta de los Libros V y VI del Código Civil elaborada por la APDC (2016) preparó dos versiones. La primera –en su art. 510-3 (2015)<sup>308</sup>- fue la visión híbrida del art. 24 PLCD (2011) y del art. 543-21 PCM (2013), puesto que recoge la resolución por incumplimiento y la declaración de concurso<sup>309</sup> –en sus apartados 1 y 2, respectivamente- como otros supuestos de extinción. La

---

<sup>308</sup> Para profundizar, vid. la página web de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, [//www.derechocivil.net/esp/libros.php](http://www.derechocivil.net/esp/libros.php) (consultado el 09.08.2017).

<sup>309</sup> El art. 594-3.2 PCC (2016) dispone que: *“Cuando se produzca una declaración de concurso de cualquiera de las partes o la comunicación de inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, la vigencia de los contratos de distribución se regirá por lo dispuesto en la legislación concursal”*.

segunda y definitiva –art. 5104-3 PCC (2016)<sup>310</sup>, omite la declaración concursal y opta por incluir únicamente la resolución por incumplimiento contemplada en el art. 24 PLCD (2011), excepto la introducción del matiz de la duración del contrato por tiempo determinado o indefinido además de dejar abierto el plazo de subsanación del incumplimiento siempre que sea razonable.

Tanto el PLCD (2011) como la PCC (2016) ponen el acento en la gravedad del incumplimiento o en la falta de cumplimiento por una de las partes de una obligación que resulte esencial, del mismo modo que lo hace el art. IV.E-2:304 DCFR. Con todo, la resolución por incumplimiento como causa de extinción de los contratos de distribución requiere ciertamente de un artículo autónomo dada su importancia y frecuencia en la práctica. Asimismo, parece no parece innecesario que la PCC (2016) hubiera omitido la declaración en concurso como otra causa de extinción de los contratos de distribución, si bien, considerando el texto propuesto en el art. 543-21.1 PCM (2013).

Por último, las propuestas también presentan diferencias de redacción en lo que respecta a sus efectos. Aunque todos los textos afrontan la indemnización por daños y perjuicios por la imposibilidad de amortización de las inversiones específicas<sup>311</sup>, la compensación por clientela<sup>312</sup> y la obligación de cooperación en la liquidación de operaciones, existen claras diferencias entre ellos respecto a la recompra del stock y a la utilización del material publicitario en los establecimientos una vez extinguido el contrato.

---

<sup>310</sup> El art. 5104-3 PCC (2016) establece lo siguiente: *“las partes de un contrato de distribución, ya sea por tiempo determinado o de duración indefinida, pueden resolver el contrato en cualquier momento sin observar los plazos de preaviso referidos en el artículo anterior cuando la otra parte haya incumplido cualquier obligación legal o contractualmente esencial y que no haya sido subsanada, o no pueda ser subsanada, en un plazo de tiempo razonable”*. Vid. 5104-3 PCC del Capítulo V del Título X “De los contratos de Distribución”, del Libro V (Obligaciones y contratos), de la PCC elaborada por la APDC (2016) en *Propuesta de Código Civil. Libros V y VI*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 263.

<sup>311</sup> Las propuestas de regulación de los contratos de distribución también definen que se entiende por inversiones específicas. En particular, según el art. 543-22.2 PCM (2013) y también el art. 545-21 PALCM (2018) se consideran inversiones específicas *“todas aquellas que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo, total o parcialmente, para usos alternativos o que solo puedan serlo con grave pérdida para el inversor”*. Por su parte, el art. 5104- PCC (2016) establece que: *“Para la valoración de la compensación por inversiones específicas se consideran todas las inversiones realizadas en interés del denunciante que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo para usos alternativos o que solo puedan serlo con grave pérdida para la parte que ha realizado la inversión”*.

<sup>312</sup> Vid. los arts. 25.4 PLCD (2011), art. 543-24 PCM (2013), art. 5104-5 PCC (2016) y el art. 545-23 PALCM (2018)

- a) En primer lugar, parece acertada la decisión del legislador en el art. 543-23.2 PCM (2013) que contempla la recompra del stock sobrante en poder del proveedor o del distribuidor, cuya fabricación o adquisición haya sido impuesta contractualmente. El precepto establece que las mercancías deberán ser adquiridas por el otro contratante al precio de venta o compra establecido en el contrato.
  
- b) En lo que respecta al material publicitario, los arts. 26.2 PLCD (2011), art. 543-23.4 y 5 PCM (2013) abordan su utilización una vez terminada el contrato de distribución, con la salvedad de la PCC (2016) que no la ha contemplado. En este sentido, dichas propuestas advierten que, una vez extinguido la relación contractual, el distribuidor no podrá utilizar el material publicitario que pueda inducir a confusión, debiendo retirarlo del rótulo del establecimiento o de la denominación social. Ahora bien, tanto el art. 543-23 apartado 3º como el art. 545-22 3º PALCM (2018) resulta más completo, en la medida que establece el plazo máximo de los tres meses siguientes a contar desde la fecha de extinción del contrato para que el proveedor retire, a su costa, todo el material publicitario que hubiera entregado gratuitamente al distribuidor.

#### **IV. Atipicidad de los contratos de distribución**

Como es sabido, los contratos de distribución, pese a tratarse de normativos y especialmente reconocidos en el tráfico jurídico comercial, siguen siendo atípicos<sup>313</sup>, al carecer de una regulación específica tanto en su contenido obligacional como en lo referente a su extinción.

La atipicidad de los contratos de distribución ha generado un debate entre los representantes doctrinales que plantea dos posiciones jurídicas opuestas. De un lado, una parte defiende la regulación de estos contratos para tratar de corregir el desequilibrio existente en el poder de negociación del distribuidor frente a los proveedores<sup>314</sup>; mientras

---

<sup>313</sup> En lo referente al concepto de atipicidad del contrato, vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 2000, p. 252.

<sup>314</sup> Con la salvedad de aquellos supuestos de asimetría en el poder de negociación de pequeños proveedores frente a las grandes distribuidoras o de los casos derivados de la garantía de la cadena de seguridad alimentaria.

que, para otro sector, apoyado por proveedores y fabricantes, resulta adecuado el respeto al principio de autonomía de la voluntad conforme a lo dispuesto en la teoría de obligaciones y contratos. Con todo, la labor jurisprudencial ha abierto una tercera posibilidad al respecto, considerando la aplicación analógica de la LCA para resolver los problemas que se suscitan en la terminación de los contratos de distribución<sup>315</sup>.

A lo largo de este epígrafe vamos a centrarnos en el estudio de esta tercera vía analizando la evolución de la posición doctrinal y jurisprudencial. Igualmente, se abordará la cuestión relativa a la aplicación automática de la normativa del contrato de agencia para los contratos de distribución, y algunas de las limitaciones impuestas al principio de autonomía de la voluntad de esta modalidad contractual.

### **1. Criterios de aplicación analógica de la LCA a los contratos de distribución**

Tanto la doctrina como la jurisprudencia parecen haberse pronunciado a favor de la aplicación analógica de la LCA a los contratos de distribución, especialmente, en lo que se refiere a la extinción de las relaciones distributivas<sup>316</sup>. De hecho, son numerosas las resoluciones judiciales en las que los tribunales deben decidir sobre una aplicación analógica de la indemnización por clientela establecida en el art. 28 LCA una vez finalizado el contrato de distribución, o el art. 25 LCA si una de las partes decide denunciar el contrato<sup>317</sup>.

Por ejemplo, la STS, Sala 1ª, de 8 de octubre de 2013, (RJ\2013\8002), relativa a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva celebrado entre la comercial Dimac, distribuidora de alimentos para peces y acuarios de la marca Sera GmbH, en la zona norte de España. En esta resolución se pone de manifiesto que *“la doctrina jurisprudencial del contrato de agencia al contrato de*

---

<sup>315</sup> Ahora bien, considerando el carácter poliédrico de los contratos de distribución, debe tenerse presente que la casuística respecto de la aplicación de la LCA a los contratos de distribución es muy variada. Por lo que conviene subrayar que existe una polémica sobre la posibilidad de dar un trato común a ambos contratos, agencia y distribución, que comparten tanto la doctrina como los tribunales. Máxime cuando se ha advertido por el Tribunal Supremo que la aplicación analógica de la LCA no debe ser automática para los contratos de distribución.

<sup>316</sup> Siguiendo a VÁZQUEZ ALBERT, D., “La terminación de los contratos de distribución” en VÁZQUEZ ALBERT, D., (Dir.), *Los contratos de distribución comercial, Novedades legislativas jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 181.

<sup>317</sup> Sobre los conceptos y diferencias de los términos denuncia y desistimiento me ocupo en el capítulo relativo al desistimiento como causa de extinción de los contratos de distribución, en el subepígrafe *concepto y fundamento*, pp. 154 y ss este trabajo.

*distribución se extiende no sólo a la compensación por clientela sino también a otras previsiones legales, como es la que se refiere a la obligación de preaviso en caso de resolución de un contrato de duración indefinida”. Aunque en este supuesto, la jurisprudencia haya considerado el preaviso una exigencia de la buena fe con la que deben ejercitarse los propios derechos y de la lealtad que debe imperar las relaciones mercantiles –arts. 1258 CC y 57 Ccom. respectivamente- la jurisprudencia se pronuncia del modo siguiente: “en atención a la larga duración del contrato de distribución resuelto unilateralmente por la comitente, veinte años, el preaviso debería haber sido de al menos seis meses, por analogía con lo regulado en el art. 25 LCA, que, aunque no resulte directamente de aplicación, sirve de referencia para determinar prudencialmente la antelación del preaviso en un supuesto como el presente”.*

Ahora bien, la doctrina ha puesto de manifiesto el carácter predominante del principio de autonomía de la voluntad de las partes en lo referente a la aplicación de la analogía a los contratos de distribución<sup>318</sup>. Es más, en defecto de pacto, puede ser frecuente la incorporación en el contrato de una cláusula que establezca la remisión a las disposiciones de la LCA para todos aquellos aspectos no contemplados en el contrato. Si bien, la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto advirtiendo que no debe aplicarse analógicamente las disposiciones de establecidas en la LCA, sino que, pese a su proximidad, no cabe en lo relativo a las consecuencias de la terminación de los contratos de distribución, en general y, en el resarcimiento de los daños contractuales, en particular, una reconducción directa o mera aplicación analógica del régimen indemnizatorio contemplado en la LCA<sup>319</sup>.

De hecho, en aquellos aspectos no contemplados en los contratos de distribución como la indemnización de los daños contractuales y sus criterios de cálculo, la jurisprudencia se pronuncia a favor de la aplicación del régimen general dispuesto por el Código Civil para el resarcimiento de los daños contractuales, conforme a lo establecido en los arts. 1101 y 1106 CC. Así se pone de manifiesto en la STS,

---

<sup>318</sup> En este sentido, VÁZQUEZ ALBERT, D., *Op. cit.*, Valencia, 2010, p. 181.

<sup>319</sup> Vid. el Fundamento de Derecho Tercero de la STS, Sala 1ª, de 19 de julio de 2016 (RJ\2016\3210), relativa a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida entre la entidad (Ear, S.A.) y la mercantil (GP Acoustics GMB).

Sala 1ª, de 19 de julio de 2016 (RJ\2016\3210), relativa a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida entre la entidad (Ear, s.A.) y GP Acoustics GMB: *“no cabe, pese a su proximidad, una reconducción directa o mera aplicación analógica del régimen indemnizatorio contemplado en la LCA”*.

Tampoco resultará correcta la aplicación automática del art. 28 LCA en defecto de pacto expreso de las relaciones distributivas porque la compensación por clientela podrá integrarse dentro del marco del lucro cesante conforme al contenido del art. 1106CC, habida cuenta la naturaleza resarcitoria de los daños contractuales. En línea con lo expuesto se pueden traer a colación, a modo de ejemplo, las resoluciones siguientes:

En primer lugar, la STS, Sala 1ª, de 16 de marzo de 2016, (RJ\2016\858), referente a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva entre la entidad española “Campagnola Ibérica de Suministros Agrícolas, S.L” –filial española de la sociedad italiana Campagnola, S.R.L.- y su matriz italiana, en la que procede la indemnización por clientela a partir de la interpretación del art. 1101CC, considerando el aumento significativo de las ventas a clientes y el incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente<sup>320</sup>. Es más, como advierte el Alto Tribunal en la citada resolución, *“la sentencia recurrida no hace referencia alguna a la posible aplicación de las previsiones de la Ley de Contrato de Agencia, sino que, a partir de la amplísima interpretación del art. 1101 CC, acaba concediendo una indemnización equivalente al margen bruto de beneficio de la actora durante cuatro años, sin justificar adecuadamente los criterios para calcular el lucro cesante, en los términos del art. 1106CC”*.

En segundo término, la STS, Sala 1ª, de 19 de julio de 2016, (RJ\2016\3210) cita, al igual que respecto a la indemnización por daños y perjuicios, lo siguiente respecto de la indemnización por clientela. *“También como criterio general, la determinación de los daños contractuales por este concepto guarda similitud con*

---

<sup>320</sup> La indemnización por clientela no es automática en los casos de extinción de los contratos de distribución. El distribuidor que pretenda dicha compensación deberá de probar la aportación efectiva de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, así como otras circunstancias equitativas que justifican la indemnización, como es la integración del distribuidor en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente.

*la función compensatoria que informa el derecho de la indemnización por clientela”. Y continúa: “De ahí que la sentencia de la Audiencia resulte correcta, pues no realiza una aplicación mimética o automática del art. 28 LCA, tal y como denuncia la recurrente, sino que, conforme a la naturaleza resarcitoria que tiene la indemnización de los daños contractuales, integre la compensación por clientela dentro del marco del lucro cesante como criterio de de cálculo de la indemnización resultante (art. 1106 CC), esto es, como la ganancia frustrada o dejada de obtener como consecuencia de la insuficiencia del plazo de preaviso ejercitado por el empresario, considerando la naturaleza y ejecución del contrato de distribución llevado a cabo y los dictámenes realizados para la concreción de la referida compensación<sup>321</sup>”.*

No sucede lo mismo respecto del contrato de agencia, cuyas cláusulas deben ajustarse al contenido de la LCA, considerando lo dispuesto en su art. 3 LCA<sup>322</sup>, que es referente en el ámbito de aplicación de la Ley y al carácter imperativo de sus normas.

Los principales supuestos de aplicación analógica de la LCA de los contratos de distribución, como ya se ha advertido anteriormente, se centran en la materia objeto de nuestro estudio. Esto es, en las causas de terminación de los contratos de distribución para lo que se requiere un estudio de la duración del contrato respecto de los contratos indefinidos, la obligación de respetar el periodo de preaviso al ejercitar el desistimiento unilateral (art. 25 LCA)<sup>323</sup>, las obligaciones de cumplimiento del artículo anterior y sus

---

<sup>321</sup> Para profundizar, vid. Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, de 19 de julio de 2016, (RJ\2016\3210).

<sup>322</sup> El art. 3 LCA establece: “1. En defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa. 2. La presente Ley no será de aplicación a los agentes que actúen en mercados secundarios oficiales o reglamentados de valores”.

<sup>323</sup> El contenido del art. 25 LCA es el siguiente: “1. El contrato de agencia de duración indefinida, se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito. 2. El plazo de preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes. 3. Las partes podrán pactar mayores plazos de preaviso, sin que el plazo para el preaviso del agente pueda ser inferior, en ningún caso, al establecido para el preaviso del empresario. 4. Salvo pacto en contrario el final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes. 5. Para la determinación del plazo de preaviso de los contratos por tiempo determinado que se hubieren transformado por ministerio de la ley en contratos de duración indefinida, se computará la duración que hubiera tenido el contrato por tiempo determinado, añadiendo a la misma el tiempo transcurrido desde que se produjo la transformación en contrato de duración indefinida”.

efectos en los supuestos de incumplimiento (art. 26 LCA)<sup>324</sup>, y en la extinción del contrato por causa de muerte y sus excepciones, considerando el carácter *intuitu personae o instrumentii* de las partes (art. 27 LCA). Aunque el caso más habitual en la práctica está directamente relacionado con los efectos de la extinción del contrato, que reconocen al agente comercial la indemnización por clientela (art. 28 LCA)<sup>325</sup> y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios (art. 29 LCA)<sup>326</sup>, no nos detendremos en profundidad sobre estas disposiciones considerando que las consecuencias de la terminación de los contratos de distribución podrían ser un estudio posterior e independiente a la realización de este trabajo. Con todo, uno de los temas más controvertidos y tratados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia es la citada compensación por clientela, que permite al agente obtener una indemnización cuando se extinga el contrato siempre que se acredite la aportación por parte del agente de nuevos clientes al principal. O bien, el aumento sensiblemente superior de las operaciones con la cartera de clientes preexistente a su llegada. La protección de este precepto hacia los agentes comerciales ha sido solicitada tanto por distribuidores, concesionarios y franquiciados considerando dos cuestiones: de un lado, por la aplicación por analogía del precepto por los tribunales una vez terminado el contrato; y, de otro, mediante el debate en torno a la regulación de las relaciones distributivas para contribuir a la seguridad jurídica.

---

<sup>324</sup> El artículo 26 LCA establece unas excepciones a las reglas anteriores cuando dispone: “1. Cada una de las partes de un contrato de agencia pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, en los siguientes casos: a) Cuando la otra parte hubiere incumplido, total o parcialmente, las obligaciones legal o contractualmente establecidas. b) Cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso. 2. En tales casos se entenderá que el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción”.

<sup>325</sup> El artículo 28 LCA, relativo a la indemnización por clientela establece que “1. Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran. 2. El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente. 3. La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior”.

<sup>326</sup> Sin perjuicio de la indemnización por clientela, el art. 29 LCA dispone que “el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato”.

Las razones que justifican la aplicación analógica de las normas se basan en la identidad de razón que presentan ambos contratos, agencia y distribución, habida cuenta las relaciones contractuales colaborativas. No obstante, las diferencias existentes entre ambos pactos también han sido expuestas por la jurisprudencia, como sucede con la STS, Sala 1ª, 15 de octubre de 2008, (RJ\2008\6914). Con todo, destaca la aplicación analógica del art. 28 LCA para la terminación de las relaciones distributivas. Si bien, la identidad de razón tiene su fundamento en que la clientela creada o acrecentada se ha producido gracias al esfuerzo del distribuidor y no exista previsión contractual sobre su liquidación. A modo ilustrativo, es remarcable—por el significativo número de litigios que conocen los tribunales— el supuesto de la aportación de nuevos clientes o el incremento de operaciones por el agente o el distribuidor. En este sentido, conforme al art.4.1.CC, se permite integrar analógicamente los contratos de distribución en los que no hubiera cláusula que regulara las consecuencias de la finalización del contrato.

Sin embargo, tal y como se ha advertido, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo no ha sido siempre uniforme, hasta el punto de que, en 2008, la Sala 1ª tuvo que reunirse en Pleno para reforzar su postura mayoritaria. En este sentido, destacan la STS, Sala 1ª, de Pleno, de 15 de enero (RJ\2008\1393) y de 8 de octubre de 2013, (RJ\2013\8002), que sostienen que la aplicación analógica de las disposiciones establecidas en la LCA no puede aplicarse de forma automática o mimética a los contratos de distribución. Y, descartada la aplicación analógica o automática de la LCA, el contenido indemnizatorio —por los daños contractuales o por la compensación por clientela— podría derivarse de la infracción del principio de buena fe que marca las relaciones contractuales —art. 1258 CC—, y en particular, las mercantiles —art. 57 CCom—. Así se ha pronunciado recientemente el Alto Tribunal considerando la aplicación de la teoría general de obligaciones y contratos en detrimento de la aplicación analógica de las disposiciones que regulan la Ley del contrato de agencia para los contratos de distribución<sup>327</sup>, cuando no contemplan determinadas cláusulas relacionadas con su terminación.

---

<sup>327</sup> Entre otras, vid., las STSS, Sala 1ª, de 8 de octubre de 2013 (RJ\2013\8002), de 22 de junio de 2010 y, más recientemente, las SSTS, Sala 1ª, de 16 de marzo de 2016, (RJ\2016\858) y de 19 de julio de 2016, (RJ\2016\3210).

En contraste con nuestro ordenamiento jurídico, como se ha expuesto en el Derecho comparado, la doctrina no admite, en la mayor parte de los casos<sup>328</sup> con la salvedad del Derecho alemán<sup>329</sup>, la aplicación analógica de la Ley del contrato de agencia como criterio orientador o solución posible a los conflictos que se suscitan a la terminación de los contratos de distribución. Además de la negativa del Derecho inglés, destaca, en particular, el Derecho francés, en el que una parte minoritaria de la doctrina propuso la posibilidad de aplicar por analogía el art. L-134.12 del *Code de commerce* –relativo al contrato de agencia- para proteger los intereses de distribuidor, concesionario o franquiciado una vez extinguido el contrato. Sin embargo, esta propuesta doctrinal no recibió una acogida suficiente entre la literatura<sup>330</sup>.

## 2. El principio de buena fe como elemento integrador

La doctrina de la buena fe, además de principio general del derecho de nuestro ordenamiento jurídico, es la exigencia ética y moral que debe presidir el Derecho de contratos entre las partes. El Código reivindica la buena fe en el ejercicio de los derechos en su art. 7.1 CC, y en lo que respecta a los pactos *inter-partes*, el art. 1258 CC establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan,

---

<sup>328</sup> Resulta interesante como el Professeur LE TOURNEAU trae a colación una posible solución inspirada, según sus palabras, en el Derecho alemán que, de modo excepcional, permite indemnizar al concesionario como consecuencia de la extinción del contrato, aplicando analógicamente el art. L-134-12 *Code de commerce*, relativo al contrato de agencia. Para profundizar, LE TOURNEAU, Ph., *Les contrats de concession, Distribution sélective, concession exclusive, Distribution automobile, Droit interne et communautaire*, LexisNexis, 2ª ed., Paris, 2010, pp. 154 y 155.

En el *Common Law*, particularmente en el Derecho inglés, tampoco es frecuente la aplicación por analogía de las disposiciones de la *Agency Commercial Act* –consecuencia de la transposición de la Directiva comunitaria- a los contratos de distribución. Resulta muy habitual en los contratos celebrados conforme al Derecho inglés que las partes redacten su clausulado de forma precisa y minuciosa. Y, en caso de suscitarse un problema a su terminación, suelen aplicarse las disposiciones pactadas, la voluntad de las partes y el precedente. Para ampliar sobre el contrato de agencia en el Derecho inglés, vid. MUNDAY, R., *Agency, Law and Principle*, 3th ed., Oxford, OUP, 2016.

<sup>329</sup> El Derecho alemán comparte nuestra visión doctrinal que reconoce la aplicación analógica de la LCA a los contratos de distribución. Resulta de interés profundizar en el estudio de la tesis doctoral comparativa de la figura del distribuidor en los ordenamientos francés y alemán, defendida en la Universidad de Estrasburgo, punto geográfico de intercambio comercial francoalemán. El doctorando LICARI propuso, de modo excepcional para el Derecho francés en 2002, la aplicación similar del art. L- 134-12 del *Code de commerce* a los contratos de distribución, del mismo modo que el art. 89 HGB, referente al contrato de agencia, que permite la indemnización en favor del distribuidor, concesionario o franquiciado a la extinción de los contratos de distribución conforme al Derecho alemán.

<sup>330</sup> Entre las contribuciones doctrinales que defienden esta visión, vid. LE TOURNEAU, op. cit., p. 155 y LICARI, F.X., *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, coll. “Bibliothèque de droit e l’entreprise”, n° 58, Paris, Litec, 2002, p. 145. Así lo expresa también, en una reseña respecto del mismo autor, PÉDAMON, M., “La protection du distributeur intégré en droit français et allemand”, *Revue Internationale de Droit comparé*, Vol. 55, n° 4, 2003, p. 1012.

no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Por su parte, en las relaciones entre empresarios, el art. 57 CCom. advierte que los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.

Es sabido que el principio de la buena fe presenta una doble vertiente, objetiva y subjetiva. En sentido subjetivo, la buena fe es entendida como la creencia psicológica de certidumbre en la apariencia, de ausencia de dolo o de la honradez de una persona. Tal visión tiene especial relevancia en los contratos de colaboración o pactos *intuitu personae* o *instrumentii* como son las relaciones distributivas, puesto que se presupone esta relación de confianza entre las partes. Por tal motivo, debe entenderse el principio de buena fe en sentido objetivo en las relaciones distributivas. Esto es, en el estándar de conducta social que impone un determinado comportamiento jurídico conforme a las reglas que se esperan de un diligente *bonus paterfamilias* y de un ordenado comerciante<sup>331</sup>.

Considerando el sentido objetivo de la buena fe, la doctrina atribuye a este principio tres funciones distintas<sup>332</sup>, que han sido igualmente contempladas tanto por el legislador como por la doctrina de las distintas propuestas de regulación de los contratos de distribución.

-En este sentido, destaca, en primer lugar, el principio de buena fe como límite a la autonomía de la voluntad que se identifica con el orden público establecido en el art. 1255CC<sup>333</sup>. Por otra parte, en el sentido positivo del término, la buena fe

---

<sup>331</sup> Es de la misma opinión, CORVO LÓPEZ, F.M, “Principios y deberes básicos para la ejecución de los contratos: buena fe, lealtad, cooperación, información y confidencialidad”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.234.

<sup>332</sup> Así lo afirma CORVO LÓPEZ, F.M, *Op. cit.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.234.

<sup>333</sup> El art. 1255 CC establece que: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”.

actúa, según establecen los art. 4.1 PLCD<sup>334</sup> (2011) y art. 5101-2.1 PCC<sup>335</sup> (2016), como uno de los principios rectores de los contratos de distribución; desde su negociación hasta su interpretación y ejecución.

-En segundo término, el principio de buena fe supondrá también un elemento integrador del contrato (en virtud de lo establecido en los art. 1258 CC, art. 57 CCom., y del art. II.-9:101 (2) DCFR<sup>336</sup>).

-Finalmente, la doctrina de la buena fe no debe regir únicamente los contratos de distribución como regla general, sino que también puede influir en el contenido de los contratos y particularmente, en el cumplimiento de las obligaciones de las partes. Así lo entendió la Comisión General de Codificación en el art. 543-6.1 PCM (2013)<sup>337</sup> al identificar la buena fe con la máxima lealtad entre las partes. Independientemente que tal Comisión optara finalmente por no incluir la regulación de los contratos de distribución en el APCM de 2014. Con todo, la PALCM (2018) retomó el citado contenido en el art. 545-7 1º, entre las obligaciones de las partes, al incorporar la regulación de los contratos de distribución a su articulado.

De las funciones mencionadas, se desprende que el principio de buena fe no sólo rige el comportamiento entre las partes, sino que condiciona la formación –en lo que respecta a las obligaciones de información precontractual-, interpretación y ejecución del contrato de distribución. Especialmente importante es el deber de lealtad y buena fe entre los contratantes en el momento de la extinción del contrato. La buena fe –o incluso la ausencia de esta- se pone de manifiesto en cada una de las causas de extinción de los contratos, como son el desistimiento o la resolución por incumplimiento del contrato. Y dicha acción u omisión generará también sus consecuencias.

---

<sup>334</sup> El contenido del art. 4.1. PLCD (2011) es el siguiente: “*Los contratos de distribución se regirán por los principios de libertad de pactos, colaboración, igualdad de trato entre las partes, interés mutuo y buena fe en la ejecución e interpretación de los acuerdos*”.

<sup>335</sup> En este sentido, vid. art. 5101-2.1 PCC (2016), que dispone: “*Los contratos de distribución son contratos de colaboración activa y leal en interés común de los contratantes, celebrados entre partes dotadas de plena igualdad jurídica e independencia económica, y su negociación, interpretación y ejecución descansan de manera especial en la buena fe*”.

<sup>336</sup> Siguiendo a CORVO LÓPEZ, F.M, *Op. cit.*, 2015, p.234.

<sup>337</sup> El art.543-6.1 PCM (2013) establece que: “*las partes contratantes deberán observar en sus recíprocas relaciones la máxima lealtad y buena fe*”.

Entre las causas mencionadas, si las partes deciden desistir del un contrato de duración determinada, es posible que las partes, llegada la fecha de su vencimiento, decidan prorrogar la relación convirtiéndolo en un pacto indefinido. Pues bien, las partes actúan conforme a la doctrina de la buena fe cuando respetan las condiciones que han acordado y ponen fin al contrato sin generar expectativa alguna de tácita reconducción a la contraparte. Otra posibilidad de actuar de buena fe en los contratos de distribución o franquicia es que los franquiciadores o el cabeza de red que decidan no prorrogar el contrato, preavisen a su franquiciado con un margen de tiempo razonable. El deber de actuar conforme a la buena fe puede quedar justificado incluso en el caso de no haber sido previsto en el contrato, porque la ausencia de preaviso podría considerarse como una ruptura abusiva el franquiciado que, desconociendo la voluntad del franquiciador de terminar el contrato, podría realizar inversiones que no podrá amortizar. Aunque en ambos supuestos se generaría el deber de indemnizar al distribuidor o franquiciado, la ausencia del deber de la buena fe podría reflejarse en la máxima que impone la doctrina según la cual nadie puede ir en contra de sus propios actos o bien, mediante la figura del abuso de derecho.

Por su parte, en los supuestos de desistimiento de los contratos de distribución de duración indefinida, la buena fe se aprecia en la obligación de respetar el plazo de preaviso, incluso en defecto de pacto. Las propuestas de regulación de los contratos de distribución contemplan también esta obligación en los arts. 23.1. PLCD (2011), el art. 543-20 PCM (2013), el art. 5104-2.1 PCC (2016) y el art. 545-19 1º PALCM (2018) cuando establecen la necesidad de comunicar por escrito la decisión de poner fin al contrato. Además, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido las exigencias derivadas del principio de buena fe, mediante el respeto del preaviso para permitir a la parte desistida adaptarse a la nueva situación y, en la medida de lo posible, reorganizar su actividad empresarial. O, dicho de otro modo, el ejercicio de una facultad de forma sorpresiva o inopinada podría valorarse como un acto abusivo de derecho inclusive, constitutivo, de una conducta desleal de mala fe<sup>338</sup>.

---

<sup>338</sup> Es de la misma opinión, CORVO LÓPEZ, respecto de ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad contractual y sus límites”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.), *Tratado de contratos*, T. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 185.

Finalmente, la resolución por incumplimiento del contrato viene justificada en los supuestos de una falta de cumplimiento grave y esencial por exigencias de la buena fe. Así lo han entendido tanto la doctrina<sup>339</sup> como algunas de las propuestas de regulación de los contratos de distribución, -particularmente el art. 24.1 PLCD (2011) y el art. 5104-3 PCC (2016)-. Con todo, las principales manifestaciones del deber de actuar conforme a la buena fe, una vez extinguido el contrato, se sucederán en los deberes de cooperación en la liquidación de operaciones pendientes en el momento del desistimiento o resolución del contrato, conforme disponen los arts. 26 PLCD (2011), art. 543-23.1 PCM (2013), art.5104-7 PCC (2016) y el art. 545-22 1º PALCM (2018) de las propuestas de regulación de los contratos de distribución que, aún sin formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, pueden servir de orientación para futuros textos normativos.

---

<sup>339</sup> Así lo expone, op. cit. CORVO LÓPEZ, F.M., p. 240.





## PARTE II: CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

Como se desprende de la primera parte de este trabajo acerca de la aproximación al estudio de los contratos de distribución en sentido estricto, no es cuestión debatida que la terminación de las relaciones distributivas resulta la cuestión más litigiosa en el sector, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el Derecho comparado.

Comprobada tal afirmación en la fase inicial de la investigación, se profundizará detenidamente en una segunda parte que examine las principales causas de extinción de los contratos distributivos; partiendo de la duración, que resulta el elemento central y diferenciador en la caracterización de estos acuerdos, cuyas relaciones determinadas o indefinidas condicionan el contenido del pacto y el comportamiento de las partes.

En línea con lo anterior, a lo largo de esta segunda parte se abordarán las razones que, sistemáticamente y de forma sobrevenida, motiven la finalización del contrato para las partes. Entre ellas, destaca, el desistimiento unilateral *ad nutum* como causa de extinción de los contratos indeterminados, la resolución por incumplimiento de los contratos, la alteración sobrevenida de circunstancias o la incidencia del *intuitu personae* como fundamento de terminación de las relaciones distributivas.

El análisis de las causas de extinción de los contratos de distribución se ha realizado mediante un estudio sistemático de cada una de las razones expuestas en el párrafo anterior. Para tal objeto, se ha procedido a la exposición del concepto jurisprudencial, doctrinal y legal, atendiendo a la naturaleza jurídica, a los requisitos y a los supuestos más frecuentes en la práctica. Se ha considerado especialmente el principio de libertad contractual que permite a las partes incorporar las cláusulas de terminación del contrato que estimen convenientes.

Para tal realización, se ha seguido una metodología similar a la desarrollada en la primera parte de la investigación, basada en el resultado de la consulta de distintos materiales bibliográficos y de las distintas propuestas de regulación de los contratos de distribución proyectadas en nuestro ordenamiento jurídico y para la armonización del Derecho europeo de contratos, junto con la observación de los pronunciamientos jurisprudenciales

del Tribunal Supremo y de nuestra jurisprudencia menor (en particular, resoluciones judiciales de las Audiencias Provinciales de Madrid y Barcelona). De la suma de estos tres materiales se han recabado los supuestos casuísticos más utilizados en la práctica que han servido para identificar algunos de los interrogantes más significativos de los planteados en esta tesis, entre los que destacan los siguientes:

-En primer lugar, si resulta necesaria la regulación de los contratos de distribución para la resolución de las cuestiones conflictivas entre las partes; o si, por el contrario, la actividad del legislador supondría un encorsetamiento legal para los contratantes que se disponen a celebrar un contrato debiendo respetar disposiciones legales de carácter imperativo.

-Otro de los planteamientos que debe afrontarse es, si en el caso de proceder a responder afirmativamente a la regulación de las relaciones distributivas, cuál o cuáles de las distintas propuestas *soft law* de las examinadas, tanto en la primera parte de este trabajo como detalladamente en las causas de terminación de la segunda mitad de esta investigación, resultaría más conveniente para nuestro ordenamiento jurídico. O si, por el contrario, sería un texto *ex novo* que recogiera la suma de elementos contemplados en las diferentes propuestas estudiadas.

-Incluso, es viable una tercera vía que regule la terminación de los contratos de distribución de forma flexible; esta visión híbrida podría suponer un equilibrio entre la protección a la parte débil del contrato y la aplicación de la teoría general de obligaciones y contratos para los elementos no contemplados por tales instrumentos.

-Asimismo, cabe poner de manifiesto que, habida cuenta los intentos del legislador por regular la materia de nuestro estudio y sus infructuosos resultados, parece también oportuno contemplar como escenario posible la anticipidad de estos contratos y el respeto al principio de autonomía de la voluntad; incluyendo la aplicación analógica de la LCA para la resolución de los conflictos extintivos. Aunque, esta posibilidad parece defender únicamente a los intereses de una de las partes, por lo que no resultará sencillo, en defecto de pacto, acudir a tal regulación para el contratante que decida invocarlo.

-Finalmente, del estudio de estas causas de terminación, se desprende también la posibilidad de albergar una modificación del Código Civil, incluyendo en la mencionada PMCC (2009) algunas de las causas estudiadas en esta parte del trabajo como el desistimiento unilateral *ad nutum* –solución que también comparten algún sector de la doctrina- entre las razones establecidas en el art. 1156 CC, que prescribe mediante el sistema de *numerus clausus* las causas de extinción de las obligaciones.

Todas estas cuestiones serán debatidas en la parte titulada “Valoración crítica” de las “Conclusiones finales” que, también incorporarán algunas propuestas normativas y contractuales concretas como solución a los distintos aspectos problemáticos motivados por las causas de terminación de los contratos de distribución; cuyo contenido van a ser objeto de estudio en esta Parte II de este trabajo de investigación.



# Capítulo 1: DESISTIMIENTO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

**SUMARIO:** I. **Introducción al desistimiento unilateral.** II. **Concepto de desistimiento.** 1. Concepto legal. 2. Concepto jurisprudencial. 3. Concepto doctrinal III. **Fundamentos del desistimiento unilateral.** IV. **Requisitos del desistimiento unilateral.** 1. Requisitos del desistimiento como causa de extinción contractual en general. 1.1. Que se trate de acto unilateral de carácter recepticio. 1.2. Que no exista necesidad de alegar justa causa. 1.3. Que sea un contrato de tracto sucesivo con duración indefinida 2. Requisitos del desistimiento como causa de extinción de los contratos de distribución 2.1. Relaciones contractuales indefinidas o de larga duración 2.2. Relaciones duraderas obligatorias o de tracto sucesivo 2.3. Relaciones basados en relaciones jurídicas de confianza o *intuitu personae*. 2.4. Contratos con pacto de exclusiva V. **Posibles supuestos de desistimiento en los contratos de distribución** 1. Si el desistimiento está previsto en el contrato. 1.1. El papel de las cláusulas abusivas en los pactos de terminación *ad nutum*. 1.2. Fijación del plazo de preaviso. 2. ¿Y si las partes tratan de desvirtuar las cláusulas de terminación *ad nutum*? 3. Si el desistimiento no está previsto en el contrato, ¿es posible aplicar la terminación *ad nutum* mediante cláusulas implícitas? 3.1. La doctrina de la buena fe como principio integrador, ¿existe el deber implícito de respetar el preaviso? 3.2. La determinación del preaviso si el desistimiento no está previsto en el contrato.

## I. Introducción al desistimiento

La figura del desistimiento debe tratarse en la teoría general del contrato, en general, y entre las posibles causas de extinción de las obligaciones, en particular<sup>340</sup>. Aunque no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico con carácter general, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen de forma unánime el desistimiento unilateral como una causa de extinción de los contratos. El desistimiento supone también una excepción al principio de irrevocabilidad de los contratos, en la medida que, una vez perfeccionados, las partes no pueden desligarse arbitrariamente de la relación contractual por su sola voluntad. En este sentido, el Tribunal Supremo ha reconocido reiteradamente que el desistimiento unilateral *ad nutum* en los contratos duraderos no implica dejar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes. A modo de ejemplo, destacan las clásicas resoluciones sobre la materia, entre ellas, las SSTs, Sala 1ª, de 29

---

<sup>340</sup> Es de la misma opinión RODRIGUEZ MARÍN, C., que propone acertadamente la introducción del desistimiento entre las causas de extinción de las obligaciones establecidas en el art. 1156CC. Vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C, *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991, p.381. Asimismo, DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II*, 6ª Ed., Thomson Civitas, Navarra, 2008, pp. 1086 y ss., incluye el desistimiento dentro de los diversos supuestos de extinción de la relación obligatoria. En la misma línea, KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p.24.

de mayo de 1972 (RJ\1972\2591), de 14 de febrero de 1973 (RJ\1973\472) y de 11 de febrero de 1984 (RJ\1984\646)<sup>341</sup>.

De hecho, el Código Civil dispone en su art. 1091CC que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y el art.1256 CC prohíbe que la validez y el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de uno de los contratantes. Finalmente, el art. 1258 CC establece que los contratos obligan desde su perfección al cumplimiento de lo expresamente pactado además de las consecuencias que, considerando su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Ante la falta de regulación de los contratos de distribución, su extinción se regirá por las causas comunes de extinción establecidas en la normativa general sobre obligaciones y contratos<sup>342</sup>. El desistimiento unilateral es la principal causa de extinción de los contratos de larga duración. El desistimiento –como causa de extinción- viene reconocido por los ordenamientos jurídicos y sanciona con la nulidad las relaciones jurídicas perpetuas o *sine die*. Se han delimitado las bases sobre las que debe construirse el desistimiento unilateral *ad nutum* en los contratos de distribución, además de los mecanismos de control que requieren sus cláusulas de terminación.

El presente capítulo tiene por objeto el análisis el desistimiento unilateral como causa extintiva de los contratos de distribución en nuestro ordenamiento jurídico y en otros sistemas jurídicos de Derecho comparado. Se estudia la configuración del desistimiento unilateral en los ordenamientos jurídicos del *Common Law*, considerando el Derecho inglés y estadounidense. Tanto si las partes han acordado expresamente el desistimiento en el contrato, como generalmente sucede, como si éstas no han previsto la facultad de desistir.

---

<sup>341</sup> Siguiendo a KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, pp. 20-21.

<sup>342</sup> Por todos, ALCALÁ DÍAZ, M.Á., “El pacto de duración y extinción anticipada de los contratos de distribución”, en ALCALÁ DÍAZ, M.Á., *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 194.

## II. Concepto de desistimiento unilateral

El desistimiento unilateral –como causa de extinción del contrato<sup>343</sup>- viene reconocido en los ordenamientos jurídicos mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial<sup>344</sup>. Sin embargo, no ha existido unanimidad ni terminológica ni legal en el tratamiento de la figura del derecho de desistimiento<sup>345</sup>.

### 1. Concepto legal:

En nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros sistemas legales continentales<sup>346</sup>, no se ha delimitado conceptualmente que se entiende por desistimiento, o más concretamente, por acto de desistir. De hecho, tan sólo el Código Civil permite fragmentariamente el desistimiento como un derecho potestativo que concede a las partes

---

<sup>343</sup> RODRÍGUEZ MARÍN., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991. Asimismo, DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos Del Derecho civil patrimonial II*, 6º Ed., Thomson Civitas, Navarra, 2008, pp. 1086 y ss., incluye el desistimiento dentro de los diversos supuestos de extinción de la relación obligatoria. En la misma línea, KLEIN M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, pp. 24 y ss., afirma que debe tratarse el desistimiento en la teoría general del contrato, entre las causas de extinción de éste, o si se prefiere, entre los supuestos de eficacia sobrevenida. Ahora bien, la declaración desistimiento debe ser hecha de buena fe.

<sup>344</sup> Por todos, DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos Del Derecho civil patrimonial II*, 6º Ed., Thomson Civitas, Navarra, 2008, p. 1086.

<sup>345</sup> En este sentido, DIEGUEZ OLIVA, R., “El Derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, *Indret*, 2/2009, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, mayo 2009, p. 4. También resulta de interés GÁLVEZ CRIADO, A., “El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la propuesta de modernización del Código Civil”, en ALBIEZ DOHRMANN, K.J., (Dir.), *Derecho Privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2011, p. 511. De este modo, GÁLVEZ CRIADO apunta: “Esta noción amplia de derecho de desistimiento nos permite incluir en su estudio todas aquellas pretensiones que persigan esta finalidad con independencia de la terminología que se utilice, bien por los contratantes, bien por el legislador, y que puede ser muy dispar: revocación, denuncia, renuncia, desistimiento unilateral o discrecional, rescisión, resolución anticipada o unilateral, etc.”. Por último, QUICIOS MOLINA nos ilustra con las diferencias existentes entre el término “denuncia” del contrato y desistimiento. Asimismo, distingue en qué supuestos es posible el desistimiento y en cuáles, la revocación. Concretamente dice: “el vocablo revocación tampoco debería usarse con carácter general para identificar esta ineficacia, aunque el legislador denomine así algún supuesto de desistimiento unilateral (como el mandante o comitente) pues el estricto ámbito de aplicación de la revocación son los actos jurídicos unilaterales (atribuciones patrimoniales o propuestas de contrato), cuyos efectos quedan destruidos por voluntad de su autor. Además de por su objeto (se revocan actos unilaterales, se desiste de contratos), la revocación y el desistimiento se diferencian por sus consecuencias: la revocación, a diferencia del desistimiento, suele tener eficacia retroactiva. Vid. QUICIOS MOLINA, S., en “La ineficacia contractual”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.), *Tratado de Contratos, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, (parte 4. La resolución por desistimiento unilateral o denuncia), pp. 1380 y ss.

<sup>346</sup> En este sentido, el Derecho italiano establece en el art. 1373 del *Codice Civile* la facultad extintiva del contrato en virtud del desistimiento unilateral o *recesso* que puede ser ejercitada siempre que el contrato no haya tenido un principio de ejecución. En cambio, si se ha establecido el desistimiento, éste tendrá efecto cuando la prestación haya sido ejecutada, salvo pacto en contrario. Para ampliar, RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991, p. 177.

la facultad de extinguir el contrato en determinadas figuras contractuales sin necesidad de alegar una justa causa<sup>347</sup>. En este sentido, el Código no lo regula expresamente con carácter general, pero sí que lo contempla en algunos contratos como el arrendamiento de obras y servicios, mandato, sociedad civil, comodato y depósito<sup>348</sup>. Aunque únicamente es el artículo 1594 CC, relativo al contrato de obra, en el que el Código hace mención al término “desistir”<sup>349</sup>. Este tratamiento deja patente la existencia de la figura del desistimiento en las relaciones contractuales en las que se permite su puesta en práctica, pero no fija las consecuencias a las que deben ajustarse exactamente las partes cuando aparece introducido el desistimiento como posibilidad de extinción unilateral<sup>350</sup>.

Asimismo, la indeterminación de las consecuencias del desistimiento unilateral como causa extintiva del contrato puede influir en la variada terminología empleada por el legislador para referirse al desistimiento. De hecho, numerosas leyes especiales del Derecho privado se han inclinado por el uso del término denuncia en lugar del desistimiento unilateral. Este es el caso del art. 25 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo<sup>351</sup>, sobre el Contrato de Agencia (en adelante, LCA) -que sirve, en determinados supuestos, de aplicación analógica para los contratos de distribución<sup>352</sup>-, del Texto Refundido de la

---

<sup>347</sup> Por todos, KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 15.

<sup>348</sup> Vid. el art. 1594 CC, que permite al *dominus operis* “desistir” por su única voluntad de la construcción de la obra contratada, y el art. 1583 CC que declara la nulidad del arrendamiento hecho por toda la vida.

<sup>349</sup> En este sentido, el art. 1594 CC establece: “*El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella*”.

<sup>350</sup> Para ampliar, RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991, p. 175.

<sup>351</sup> El artículo 25 LCA establece: “*1.El contrato de agencia de duración indefinida, se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito. 2. El plazo de preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes. 3. Las partes podrán pactar mayores plazos de preaviso, sin que el plazo para el preaviso del agente pueda ser inferior, en ningún caso, al establecido para el preaviso del empresario. 4. Salvo pacto en contrario el final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes. 5. Para la determinación del plazo de preaviso de los contratos por tiempo determinado que se hubieren transformado por ministerio de la ley en contratos de duración indefinida, se computará la duración que hubiera tenido el contrato por tiempo determinado, añadiendo a la misma el tiempo transcurrido desde que se produjo la transformación en contrato de duración indefinida*”. La Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia, fue publicada en el BOE en fecha 29 de mayo de 1992.

<sup>352</sup> Como se ha advertido anteriormente, la aplicación analógica de las disposiciones de la Ley del contrato de agencia a los contratos de distribución no pueden obedecer a criterios de miméticos o de automatismo, tal y como advierte la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre el desistimiento unilateral del contrato de distribución y sus consecuencias indemnizatorias. Así lo expone detalladamente, entre otras, la Sentencia de Pleno, Sala 1ª, de 15 de enero de 2008, (RJ\2008\1393). Igualmente, otro pronunciamiento más reciente, -la STS, Sala 1ª, de 16 de marzo de 2016, (RJ\2016\858), relativo a la extinción de un contrato de distribución exclusiva-, considera que “*conforme al artículo 4.1CC se permite integrar analógicamente*

Ley Concursal (Real Dec. Leg. 1/2020, de 5 de mayo, en adelante, TRLC)<sup>353</sup> o de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos<sup>354</sup>. En este sentido, el desistimiento unilateral se produce al ejercitar la facultad libérrima de dar por finalizado un contrato duradero pero esta acepción de desistimiento puede no resultar equivalente a la denuncia que se desprende en los textos legales cuando una de las partes decide no prorrogar el contrato. Con todo, resulta conveniente distinguir entre ambos conceptos – denuncia y desistimiento- en la medida que se generan diferentes efectos. Respecto al desistimiento, también denominado denuncia por el legislador, es posible que la extinción del contrato antes de tiempo implique una compensación económica. De lo contrario, la denuncia del contrato en el plazo convenido no genera, salvo alguna excepción, indemnización posible<sup>355</sup>.

## 2. Concepto jurisprudencial:

La jurisprudencia, a través de las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, reconoce y aplica el desistimiento, aunque no haya definido ni establecido su concepto. De hecho, tampoco se ha referido a la doctrina del desistimiento de manera uniforme puesto que el Alto Tribunal ha utilizado indistintamente los términos de revocación, resolución unilateral, denuncia o desistimiento. Las acepciones de denuncia y desistimiento se han venido consolidando en algunas de sus resoluciones más recientes<sup>356</sup>.

---

*los contratos de distribución en que no hubiera cláusula que regulara las consecuencias de la finalización del contrato”.*

<sup>353</sup> Aunque ya derogada, la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal ya reconocía expresamente la facultad de desistir o denuncia. El artículo 63.1 LC ya disponía lo siguiente: “*Lo establecido en los artículos anteriores no afectará al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a la ley*”.

<sup>354</sup> La LAR en su art. 9.4 establece: “*El menor cuyas fincas o explotaciones hayan sido arrendadas por su padre, madre o tutor podrá poner fin al contrato una vez emancipado, siempre que haya transcurrido la duración mínima prevista en el artículo 12, y lo comunicará al arrendatario en el plazo de seis meses desde que alcanzó dicho estado o, en su caso, desde que falte un año para que se cumpla el plazo mínimo de duración. En todo caso, la denuncia del contrato no surtirá efecto hasta transcurrido un año desde su realización*”.

<sup>355</sup> Es de la misma opinión, QUICIOS MOLINA, cuando afirma que se considera denuncia del contrato a la declaración de voluntad contraria a la prórroga de un contrato. Ahora bien, afirma la autora esta conducta “*ya no es desistir, pues la causa de extinción del contrato no es la declaración de voluntad del contratante sino la llegada del término final del contrato*”. Para ampliar, QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.), *Tratado de Contratos, Tomo I*, en Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, (parte 4. La resolución por desistimiento unilateral o denuncia), pp. 1380 y ss.

<sup>356</sup> En este sentido, vid. las STSS, Sala 1ª, de 15 de marzo de 2011, (RJ\2011\3321) y 25 de abril de 2011 (RJ\2011\3710), relativas a la extinción de contratos de distribución. Y en lo que respecta a los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, cabe destacar las SSAP de Madrid, de 10 de septiembre de 2016, (JUR\2016\125377), de 28 de septiembre de 2015, (JUR\2015\399519), de 29 de julio de 2014, (JUR\2014\291484), de 14 de junio de 2012, (JUR\2012\261621) y SAP de Barcelona, de 16 de diciembre de 2015, (JUR\2015\76529).

Ahora bien, es destacable la evolución terminológica empleada por la jurisprudencia para referirse al desistimiento. En un primer momento, la jurisprudencia no había utilizado en sus pronunciamientos el término desistimiento como facultad extintiva de los contratos sino que había contemplado el uso de las formulaciones anteriormente indicadas. A modo de ejemplo, destaca la STS, Sala 1ª, de 11 de febrero de 1984, (RJ\1984\646), relativa a la extinción de un contrato de concesión en exclusiva, que se pronuncia a favor de la facultad de desvincularse del contrato mediante el uso del término revocación.

*“...el contrato de concesión en exclusiva, establecido sin límite temporal alguno, es revocable por la sola voluntad de uno de los contratantes, lo cual es, acertadamente, resuelto, en sentido positivo, por la sentencia de instancia”*,

Por otra parte, la STS, Sala 1ª, de 16 de septiembre de 1988 (RJ\1988\6691), se pronuncia sobre el desistimiento reseñándolo como la resolución unilateral de los contratantes. En este sentido, el Tribunal Supremo declara:

*“El Tribunal sentenciador ha tenido en cuenta y aplicado la doctrina de esta Sala conforme a la cual, en el Derecho positivo español, la resolución por voluntad unilateral de los contratantes no se encuentra prohibida y sí por el contrario autorizada en los contratos de tracto sucesivo, criterio este de la resolución unilateral de dicho tipo de negocios jurídicos que aparece consagrada entre otras por la doctrina que esta Sala tiene expresada en las Sentencias de 29 de mayo de 1972 ( RJ 1972\2591), 14 de febrero de 1973 ( RJ 1973\472), 21 de abril de 1974, 11 de febrero de 1984 ( RJ 1984\646) y 19 de diciembre de 1985 ( RJ 1985\6600)”*.

En la actualidad, la STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 2011, (RJ\2011\3710), atinente a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva de larga duración, hace referencia a la doctrina de la terminación *ad nutum* no sólo mediante la utilización del término desistimiento sino también considerando la denuncia unilateral. Así, el Fundamento de Derecho Primero de la mencionada Sentencia utiliza ambas acepciones para exponer el

fallo de la Sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, cuando se pronuncia:

*“...la facultad de denuncia unilateral, con un largo plazo de preaviso y sin necesidad de un previo incumplimiento contractual, había sido pactada expresamente en el contrato a favor de las dos partes - en la cláusula 30, apartado 1 -, sin obligación de indemnizar daños y perjuicios, y, en el caso, había sido ejercitada sin superación de los límites que el artículo 7 del Código civil impone al ejercicio de los derechos - " no existe ni un solo dato serio que podamos añadir al desistimiento unilateral de Nissan Motor España, SA para poderlo catalogar de abusivo o de mala fe”-.*

Igualmente, en el Fundamento de Derecho Sexto de la citada Sentencia se vuelve a utilizar indistintamente el término denuncia o desistimiento para proceder a ejercitar la facultad extintiva del contrato. A modo ilustrativo, se pone de manifiesto que:

*“En la sentencia recurrida se declaró probado, como ya ha quedado expuesto, (1º) que, en la cláusula 30.1 del contrato celebrado por Nissan Motor España, SA e Iberarmas, SA, ambas se facultaron para denunciar el contrato, comunicándolo a la otra con un plazo de antelación, sin necesidad de "motivación o causa" con "exclusión de cualquier clase de indemnización de daños y perjuicios "; (2º) que, a mayor abundamiento, Iberarmas, SA no había logrado el nivel de ventas pactado; y (3º) que "no hay un solo dato serio que podamos añadir el desistimiento unilateral de Nissan Motor España, SA para poderlo catalogar de abusivo o de mala fe”.*

Con todo, resulta frecuente que los tribunales se refieran al desistimiento mediante la utilización del término denuncia siguiendo el ejemplo que contemplan algunas leyes especiales en la práctica. Particularmente, destaca como se ha advertido anteriormente el art. 25 LCA, relativo a la extinción del contrato de agencia por tiempo indeterminado y que puede resultar de aplicación analógica para en determinados supuestos de contratos de distribución comercial. En este sentido, en la STS, Sala 1ª, de 25 de marzo de 2011, (RJ\2011\3321), relativa a la extinción de un contrato de distribución de duración

indefinida, el Alto Tribunal se pronuncia sobre la doctrina del desistimiento haciendo mención del término denuncia cuando se refiere al art. 30 LCA:

*“Cuando las modificaciones del contrato comporten la variación de elementos sustanciales y no sean aceptadas justificadamente por la contraparte provocando su desistimiento, singularmente en aquellos casos en los que las nuevas condiciones son inaceptables por rebasar los límites de la lógica comercial, dan lugar al desistimiento con causa y no permiten desplazar sobre quien desiste las consecuencias de la ruptura del contrato -en este sentido resulta de especial interés la previsión contenida en el artículo 30.c) de la Ley de contrato de agencia, en la medida en la que en el mismo emerge una situación idéntica a la planteada, que reconoce derecho de indemnización al agente que hubiese denunciado el contrato "salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario"- .*

La mencionada Sentencia, reitera el uso del término desistimiento en el Fundamento de Derecho Cuarto en detrimento de la denuncia cuando expone la regla general de la terminación unilateral en los contratos de duración indefinida.

*“Como regla, ...en relación con los contratos de distribución en exclusiva pactados sin plazo de duración o de duración indefinida, como es el que origina este litigio, dice la sentencia de 28 de enero de 2002 (RJ 2002, 2305) que «la reiterada jurisprudencia de esta Sala admite el desistimiento unilateral, siempre con la carga de preavisar con un tiempo razonable a la otra parte la terminación. De lo contrario sería abusivo el ejercicio de esta facultad o no conforme a la buena fe (sentencias, entre otras, de 24 de febrero (RJ 1993, 1252) y 23 de julio de 1993 (RJ 1993, 6476 ))»”.*

En lo que respecta a las Audiencias Provinciales, algunas de sus resoluciones recientes utilizan también el término denuncia unilateral para la ruptura del vínculo contractual de las relaciones distributivas de duración determinada, frente al desistimiento, empleado en aquellos supuestos de extinción de los contratos indefinidos.

De este modo, en la SAP de Madrid, de 10 de septiembre de 2013, (JUR\2016\125377), relativo a la extinción de un contrato de distribución entre la compañía mercantil Brugal-Co, como fabricante y la sociedad Zamora Distribuciones de Bebidas, S.L., como distribuidor para España y Andorra. La Sentencia pone de manifiesto que en la estipulación séptima del contrato de distribución las partes establecieron las causas de terminación del contrato, *“sin que, pese al carácter indefinido de aquel previeran el desistimiento unilateral ni el preaviso con que debiera efectuarse”*.

Otro supuesto sería el de la SAP de Madrid, de 28 de septiembre de 2015, (JUR\2015\300519), referente a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva, entre la revista Semana y la mercantil Distribuidora Valenciana de Ediciones (DISVESA), en la que se afirma que *“el desistimiento viene provocado por el descenso de ventas en Valencia”*. No obstante, en esta resolución se equipará también el término desistimiento con el de resolución unilateral cuando declara: *“se pacta la resolución unilateral pura y simple, en plano de perfecta igualdad y reciprocidad para ambos contratantes, y sin sujeción a condicionamiento alguno distinto de la voluntad del contratante, el desistimiento se integra en el programa de prestación mutuamente aceptado”*.

También la SAP de Barcelona, de 16 de diciembre de 2014, (JUR\2015\76529), atinente a la extinción de un contrato de distribución entre la mercantil Representaciones Alfonso Nora S.L. y Neules artesanes Sant Tirs, S.L. La resolución se extinguió por *“la resolución del contrato de forma unilateral por Neules artesanes Sant Tirs, a partir de la comunicación de 8 de julio de 2010 sin preaviso”*. Pero este pronunciamiento también hace uso del término desistimiento cuando, citando la STS de 15 de marzo de 2011, sostiene que *“en los casos de desistimiento unilateral en el contrato de distribución hay que estar a lo pactado”*.

Por otra parte, la SAP de Madrid, de 14 de junio de 2012, (JUR\2012\261621), relativa a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva entre la concesionaria agrícola Algein S.A. y la concedente “Claas Ibérica”, cuya duración del contrato se prorrogaba tácitamente por periodos de un año, afirma que *“parece*

*preferible la denominación o el concepto de extinción por denuncia unilateral, que evita confusiones con otras figuras dotadas de disciplina propia en nuestro ordenamiento (resolución, rescisión, terminación por expiración del plazo) y debidas a causas diferentes de la pura voluntad de los contratantes, por más que en los contratos aquí litigiosos y en las cartas de preaviso optaran las partes por el término rescindir*<sup>357</sup>.

Con todo, hay también quien encuentra una explicación en la utilización del término desistir en la jurisprudencia atendiendo al art. 1594CC, justificando su posición en que dicho precepto expone la misma idea que representa el desistimiento. Especialmente, en los contratos de obra o de empresa<sup>358</sup>, como es el caso de los supuestos litigiosos que enfrentan a las partes de los contratos de distribución.

### **3. Concepto doctrinal:**

Por su parte, la doctrina ha contribuido notablemente al desarrollo del concepto de desistimiento como causa de extinción del contrato. Es habitual que la mayor parte de los autores pongan de manifiesto la variada terminología que utilizan, generalmente sin rigor, tanto la ley como la jurisprudencia y la doctrina para referirse a la ruptura del vínculo contractual por la voluntad de una de las partes<sup>359</sup>. De hecho, los términos revocación, resolución, rescisión, renuncia, denuncia o desistimiento unilateral, aluden al concepto desistimiento, entendido como la extinción de la relación contractual de duración indeterminada sin justa causa por la voluntad de una de las partes, siempre que el contrato se haya celebrado válidamente.

Para averiguar el verdadero significado del término empleado debe atenderse al supuesto de cada caso, con independencia de la denominación que la ley o las partes le designen. Actualmente, lo habitual es que las partes aludan al desistimiento en las relaciones

---

<sup>357</sup> Vid. Fundamento de Derecho Decimo séptimo, de la SAP Madrid, de 14 de junio de 2012, (JUR\2012\261621).

<sup>358</sup> En opinión de RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991, p. 68. La autora también estima que el desistimiento, según el Tribunal Supremo queda circunscrito al contrato de obra para evidenciar que el negocio se extingue por voluntad del dueño, aunque en otras Sentencias se utilice junto con otros términos. Vid. p. 69.

<sup>359</sup> Por todos, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, Edisofer S.L., 14ª edición, Madrid, 2011, pp. 479-480.

duraderas, y en relaciones contractuales de duración determinada, a la la prórroga y denuncia. Independientemente de las apreciaciones terminológicas empleadas en la jurisprudencia para referirse al desistimiento, la doctrina también se ha inclinado por la utilización de este concepto en detrimento de la denuncia. Este es el caso de Carrasco Perera, o de Quicios Molina<sup>360</sup>, cuya opinión también suscribo, en la medida que los términos desistimiento y denuncia no pueden tener un significado, salvo determinados supuestos, equivalente. En este sentido, Carrasco considera que el término denuncia no es suficientemente expresivo, puesto que “*puede significar tanto un desistimiento como una declaración de oposición a prórroga en un contrato de duración determinada*”, como sucede en los contratos de agencia, en virtud del art. 25 LCA, en los contratos de arrendamiento rústico conforme al art. 12.3 LAR o en el art. 49.3.c) ET –respecto a los contratos de trabajo-<sup>361</sup>. En este sentido, PAZ-ARES entiende que los contratos de distribución pueden ser denunciados en cualquier momento si se han celebrado por tiempo indefinido o no prorrogados cuando se concierten por tiempo determinado<sup>362</sup>.

El desistimiento es, según la doctrina, el acto que permite a las partes de desvincularse de una relación obligatoria, que posee su propio significado y contenido, además de sus correspondientes efectos extintivos<sup>363</sup>. Puede complementarse también la noción de desistimiento incluyendo alguna de sus consecuencias como la cesación de los efectos de una relación jurídica a causa de la decisión de una parte, en los términos y condiciones que marca la ley. Por último, Díez-Picazo realiza alguna apreciación respecto a la primera definición, puntualizando que se trata de la facultad de cualquiera de las partes de poner fin a una relación obligatoria mediante un acto libre y voluntario que no debe fundarse en ninguna causa.

La ausencia de regulación de los contratos de distribución también ha propiciado que la doctrina haya contribuido al desarrollo de trabajos prelegislativos orientados a regular su contenido, y que en dichas propuestas se regule el desistimiento unilateral *ad nutum*. Como es sabido, ninguno de estos textos forma parte del Derecho vigente, si bien, se han

---

<sup>360</sup> Se han abordado en este primer epígrafe las diferencias existentes entre desistimiento y denuncia según la visión de QUICIOS MOLINA en QUICIOS MOLINA, S., *Op. cit.*, Valencia, 2009, pp. 1380 y ss.

<sup>361</sup> Así lo expone CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p.1105.

<sup>362</sup> PAZ-ARES, C.J., “La terminación de los contratos de distribución”, *RDM*, nº 223, 1997, pp. 7-8.

<sup>363</sup> Siguiendo a RODRIGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991, p. 68.

analizado las disposiciones relativas al desistimiento unilateral *ad nutum*, tanto en las propuestas de armonización el Derecho europeo de contratos como en las propuestas de regulación de los contratos de distribución elaboradas en nuestro ordenamiento jurídico.

En lo que respecta al Derecho europeo de contratos, algunos textos *soft law* como los PECL o el Marco Común de Referencia (DCFR) han reconocido la facultad unilateral de desvincularse del contrato. De hecho, el art. IV.E.-2:302 DCFR regula la extinción de los contratos celebrados por tiempo indefinido, en la que se reconoce a cualquiera de las partes la posibilidad de poner fin unilateralmente al contrato sin necesidad de alegar justa causa. No obstante, la facultad de desistir deberá realizarse –siguiendo el citado precepto- “*mediante notificación (preaviso) a la otra*”. Igualmente, los PECL reconocían la facultad de desistir del contrato siempre que respete un periodo de preaviso razonable<sup>364</sup>. Por su parte, la doctrina –que ha abordado la regulación de los contratos de distribución en las propuestas europeas del Derecho de contratos- se ha inclinado por la utilización de un único término que englobe todos los supuestos de terminación contractual *ad nutum*<sup>365</sup>. Destaca indistintamente el empleo de los términos desistimiento o denuncia unilateral para los supuestos de terminación *ad nutum*. En mi opinión, corresponde la utilización del término desistimiento para la extinción de los contratos duraderos y de denuncia unilateral para los vínculos de duración determinada.

Entre nosotros, destacan las Propuesta de Modificación del Código Civil (en adelante, PMCC) –elaborada en 2009- que no incluye la regulación de los contratos de distribución a diferencia de los trabajos siguientes: el APLCD (2006),

---

<sup>364</sup>A diferencia de los DCFR, en los PECL se requiere que el plazo de preaviso sea razonable. Siguiendo a PUYALTO FRANCO, M.J., “Libro IV. Parte E. Agencia comercial, franquicia y distribución. Capítulo 5. Relaciones jurídicas de distribución”, en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (Corps.) *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, p. 1493.

<sup>365</sup> Algunos autores optan indistintamente por la utilización del término desistimiento para los supuestos de terminación contractual *ad nutum*, con independencia de su duración –sea indefinida o determinada-. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina considera acertadamente que el desistimiento como causa de extinción sólo procede en los contratos de duración indefinida. La razón principal de esta afirmación es que en los contratos de duración determinada, “*un pretendido desistimiento ad nutum de cualquiera de las partes antes del cumplimiento del término constituye un supuesto de incumplimiento contractual...*”. Siguiendo a VAQUERO PINTO, M.J., “Duración del contrato. Extinción del contrato por tiempo determinado y por tiempo indefinido: el preaviso”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, p. 526.

el PLCD (2011), la PCM (2013), la PCC (Libros V y VI) elaborada por la APDC de 2016 y la PALCM (2018). Las conclusiones del estudio de los citados trabajos en relación con la noción de desistimiento unilateral son las siguientes:

- a) En primer lugar, ni la PMCC –referente a la modificación del derecho de obligaciones y contratos- ni las numerosas propuestas de regulación de los contratos de distribución en nuestro ordenamiento jurídico utilizan el término desistimiento para referirse a la facultad extintiva del contrato cuando se trata de un contrato duradero. De hecho, la totalidad de las propuestas mencionadas aluden a la noción denuncia en detrimento del desistimiento<sup>366</sup>, por lo que parece el legislador haya considerado conveniente la utilización de la terminología prevista en el art. 25 LCA.
  
- b) En segundo término, el legislador ha contemplado una terminología uniforme en todos sus trabajos prelegislativos de los contratos de distribución, de forma que se identifique la terminación *ad nutum* del contrato con la denuncia unilateral. Sin embargo, esta posición –*a priori* coherente del legislador- parece poco acertada considerando la utilización del término desistimiento tanto por la doctrina como por la jurisprudencia más reciente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. Especialmente, en lo que respecta a los contratos de duración indefinida. Así las cosas, sería aconsejable la atribución semántica de la noción de desistimiento a la facultad extintiva del contrato por voluntad de cualquiera de las partes cuando se trate de contratos duraderos de duración indefinida. La finalidad no es otra que utilizar una terminología uniforme en nuestro ordenamiento jurídico, y podría resultar interesante incluirla entre las diferentes causas de extinción de las obligaciones previstas en el art. 1156 CC<sup>367</sup>.
  
- c) Por último, resulta conveniente hacer una apreciación concerniente al término desistimiento como causa de extinción contractual. Es evidente que los contratos

---

<sup>366</sup> Para profundizar, respecto a la extinción de las obligaciones de duración indefinida, vid. art. 1121 PMCC (2009) y en lo que respecta a los contratos de distribución, vid. arts. 23.1 PLCD (2011), art. 543-20 PCM (2013), el art. 5104-2 1º PCC (2016) y art. 545-19 PALCM (2018). Aunque estos textos no se encuentran en vigor, resultan de interés únicamente a título orientativo para averiguar la voluntad tanto del legislador como de la doctrina cuando se refieren a la terminología de la doctrina del desistimiento.

<sup>367</sup> Es de la misma opinión, RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991, p. 351.

de tracto sucesivo cuya duración sea determinada deben ser respetados, y que, el transcurso del periodo de tiempo convenido resulta ser su causa de extinción. Así lo establece el supuesto previsto en el art. 24 LCA, que dispone que los contratos de duración determinada se extinguen por el mero cumplimiento del término pactado, quedando excluida, por tanto, la posibilidad de desistir del contrato. En este sentido, el ejercicio la terminación *ad nutum* supone un verdadero incumplimiento del contrato en virtud del artículo 1124 CC. Por lo que tan sólo procede la utilización del término desistimiento unilateral como causa de extinción en los contratos de duración indefinida. Así lo disponen los arts. 25 LCA, en vigor, y otros artículos previstos en los textos que proponen la regulación de los contratos de distribución en nuestro ordenamiento jurídico como el art. 23 PLCD (2011), 543-20 PCM (2013), el art. 5104-2 1º PCC elaborada por la APDC (2016) y el art. 545-19 PALCM (2018). Del mismo modo opera, también, una de las propuestas de armonización del Derecho europeo de contratos, en particular, el art. IV.E.-2:302 DCFR<sup>368</sup>.

Por todo lo expuesto, considero que se entiende por desistimiento a la facultad de dar por extinguido un contrato de duración indefinida<sup>369</sup> por voluntad de cualquiera de las partes, sin necesidad de acreditar justa causa, siempre que se realice de buena fe y no contravenga las limitaciones establecidas en el principio de autonomía de la voluntad, en virtud de lo establecido en el art. 1255 CC. Con todo, el desistimiento tiene efectos extintivos, aunque la parte que lo declare no respete el periodo de preaviso convenido o incurra en un desistimiento abusivo, en cuyo caso, deberá afrontar las consecuencias indemnizatorias correspondientes<sup>370</sup>.

### III. Fundamentos del desistimiento unilateral

La terminación de la relación obligatoria por la voluntad de una de las partes tiene su fundamento en la existencia de una disposición legal expresa, que concede a las partes la facultad de extinguir unilateralmente la obligación mediante el desistimiento, o bien, en

---

<sup>368</sup> Como indica VAQUERO PINTO, M.J., *Op. cit.*, Valencia, 2015, p. 526.

<sup>369</sup> En los contratos de duración determinada, el término jurídico que mejor se ajusta a la extinción unilateral es, en nuestra opinión, la denuncia.

<sup>370</sup> Por todos, CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p.1107.

un pacto convenido expresamente por los contratantes. Aunque nuestro ordenamiento jurídico no dispone de una normativa que prevea con carácter general la posibilidad de extinguir el contrato ejercitando el desistimiento *ad nutum*, sí que contempla algunos casos aislados.

El desistimiento se fundamenta en dos motivos complementarios:

- a) De un lado, destaca la prohibición de las relaciones contractuales perpetuas o *sine die*, en los términos previstos en el art. 1583 CC<sup>371</sup>, referente a la fijación de la duración determinada o indefinida en el contrato de arrendamiento de servicios.
- b) De otro, el Código reconoce a las partes la facultad de “desistir” del contrato en virtud de lo establecido en el art. 1594CC, relativo al contrato de obra, con la intención de evitar una relación contractual de por vida.

Así las cosas, se trata de determinar si los supuestos legales de desistimiento unilateral de una relación contractual suponen una excepción a la regla general, o si, por el contrario, nos encontramos ante la aplicación un principio general para otros supuestos<sup>372</sup>.

En este capítulo se estudiará si estas reglas pueden generalizarse y aplicarse a otras modalidades contractuales distintas para las que no estén expresamente previstas, como es el caso de los contratos de distribución. En este sentido, ¿es posible la aplicación del desistimiento por *analogía iuris* a los contratos de distribución?

En virtud del principio de autonomía de la voluntad del art. 1255CC, nada impide que los partes pacten una cláusula de terminación *ad nutum* que permita el desistimiento ni que dicho acuerdo suponga la vulneración del art. 1256 CC, en la medida que la validez y el cumplimiento del contrato no se deja al arbitrio de una de las partes.

---

<sup>371</sup> El artículo 1583 CC dispone que: “Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda una vida es nulo”.

<sup>372</sup> Es de esta opinión, Díez-Picazo cuando afirma: “La cuestión, sin embargo, no radica tanto en su aplicación a los casos especialmente previstos por la ley o por el negocio, cuanto en la posibilidad o imposibilidad de su generalización y aplicación a otros supuestos. Se trata de decidir si las hipótesis legales de desistimiento voluntario de una relación obligatoria son excepciones a la regla general y por consiguiente deben estar sometidas a una interpretación restrictiva o si, por el contrario, constituyen indicios o datos suficientes para detectar la existencia de una ratio unitaria o de un principio general”. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II*, 6ª Ed., Thomson Civitas, Navarra, 2008, p. 1087.

En este sentido, la STS, Sala 1ª, de 13 de abril de 2004, (RJ\2004\2619), refiriéndose a la STS, Sala 1ª, de 22 de septiembre de 1999, (RJ\1999\7265) declara, en el Fundamento de Derecho Tercero, que : “(...) *el artículo 1256 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*”.

Considerando los razonamientos expuestos anteriormente, este principio de la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos puede ser aplicable a los contratos de tracto sucesivo, como es el caso de los contratos de distribución<sup>373</sup>. Así lo ha entendido una sólida doctrina jurisprudencial, que considera lícita la conclusión de los contratos de duración indefinida, en general, y los de distribución, en particular.

Destaca, la SAP de Barcelona, de 28 de marzo de 2014, (JUR\2014\236971), relativo a la extinción de un contrato de distribución, que afirma: “*Tratándose de un contrato de tracto sucesivo y celebrado intuitu personae cualquiera de las partes puede poner fin a la relación, siempre que se haya llevado a tal resolución de acuerdo con los criterios de lealtad y buena fe*”. Asimismo, el citado pronunciamiento añade en su Fundamento de Derecho Segundo que “*el Tribunal Supremo ha mantenido que, tanto en los supuestos de exclusividad como de duración sin limitación temporal, procede la resolución unilateral por cualquiera de las partes. En definitiva, y caracterizando dicho contrato por dos notas, la “temporalidad” y el predominio de la contratación del principio “intuitu personae” éste puede resolverse por la voluntad de cualquiera de las partes, al igual que ocurre con el mandato, el arrendamiento de servicios y otros tantos análogos*”.

Al hilo de lo expuesto, se pone de manifiesto la nulidad de los contratos hechos de por vida en virtud de la aplicación del artículo 1583CC, del que se desprende principio general de prohibición de las relaciones perpetuas. Por consiguiente, al prohibirse las relaciones *sine die*, debería ser posible que cualquiera de las partes desista del contrato para evitar

---

<sup>373</sup> Así lo pone de manifiesto también, QUICIOS MOLINA, S., *Op. cit.*, Valencia, 2009, p. 1384.

una vinculación contractual vitalicia<sup>374</sup>. En este sentido, el desistimiento viene justificado en los contratos de duración indefinida porque las relaciones contractuales eternas resultan contrarias al orden público<sup>375</sup>, y, a falta de regulación jurídico-positiva, constituye un principio contrario a nuestro Derecho de obligaciones<sup>376</sup>.

En este sentido, en la STS, Sala 1ª, de 30 de mayo de 2016, (RJ\2016\2293), relativa a la terminación de un contrato de distribución en exclusiva, entre la mercantil de ron dominicano Brugal & Co. y el distribuidor español Diego Zamora, se establece un planteamiento de las condiciones para la continuidad de la relación contractual. En el Fundamento de Derecho Cuarto de la citada Sentencia se reconoce que *“el concedente no tenía obligación de mantener la relación invariablemente sine die, y que el distribuidor, como empresario dedicado a dicho ámbito de negocio, podía evaluar en cuanto a su conveniencia su aceptación o rechazo”* porque *“lo contrario supondría consagrar una especie de vinculación contractual perpetua que no tiene amparo legal y que incluso pugna con los principios de libertad de empresa y libre competencia”*.

En la misma línea, se pronuncia nuestra jurisprudencia menor en la SAP de Barcelona, de 29 de enero de 2013, (JUR\2013\252253), que versa sobre la extinción de un contrato de distribución en exclusiva entre la mercantil italiana BBS y la española NV CORPORACIÓN SL, reconociendo que *“el carácter indefinido de distribución que unía a las partes autorizaba a cualquiera de ellas a poner fin al mismo sin necesidad de concurrencia de justa causa. Esta prerrogativa, basada en los principios generales el Derecho de prohibición de vinculaciones perpetuas (art. 1583CC) y necesidad de persistencia de la confianza mutua durante toda la vigencia del contrato (1733CC) se tipifica en el art.*

---

<sup>374</sup> KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p.100.

<sup>375</sup> En este aspecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia advierten de la necesidad de limitar la libertad contractual que permita la perpetuidad de los contratos, de tal manera que, si fuera *sine die*, sería contraria al orden público-económico. GARCÍA HERRERA, A., *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 570. Asimismo, QUICIOS MOLINA, S., en “La ineficacia contractual”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.), *Tratado de Contratos, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, (parte 4. La resolución por desistimiento unilateral o denuncia), p. 1384.

<sup>376</sup> Es de la misma opinión, PUYALTO FRANCO, M.J., *Op. cit.*, Barcelona, 2012, p. 1497.

*25.1 LCA. Por tanto, si se puede desistir en cualquier momento, la cuestión está en si esa resolución se ha hecho respetando el principio de buena fe contractual, esto es, sin incurrir en abuso”.*

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido en múltiples ocasiones la validez de una cláusula contractual que permita la finalización de la relación contractual por cualquiera de las partes. La introducción de una cláusula de terminación en los contratos de distribución es muy frecuente en virtud del principio de autonomía de la voluntad<sup>377</sup> y las partes suelen establecer tanto las causas de extinción, -como el desistimiento unilateral *ad nutum*-, como las consecuencias. Por ejemplo, son numerosas las resoluciones del Tribunal Supremo relativas a la extinción de los contratos de distribución, cuyos contratantes han previsto una cláusula de terminación que contempla desistimiento unilateral por cualquiera de las partes, aunque sin derecho a recibir indemnización alguna.

En este sentido, a modo de ilustración, destaca la citada SAP de Madrid, de 14 de junio de 2012, (RJ\2012\261621), relativa a la extinción de un contrato de concesión de maquinaria agrícola entre las compañías «Algein, S.A.» y «Claas Ibérica, S.A.» que establece: *“Así las cosas, cobra especial relieve la Sentencia de 18 de marzo de 2002 porque, ante un contrato de distribución en exclusiva con una cláusula muy similar a la 19ª de los contratos aquí litigiosos, esto es, facultad de desistimiento unilateral por cualquiera de las partes mediante preaviso y sin derecho a indemnización de ningún tipo, rechaza la indemnización por clientela a favor del concesionario razonando que, al no haber mediado actuación arbitraria de la concedente, la exclusión de cualquier indemnización debía considerarse válida y vinculante por haberla pactado las partes libremente, responder por tanto al principio de autonomía de la voluntad y no ser contraria a la moral, la ley ni el orden público”.*

---

<sup>377</sup> Al respecto, LLORENTE SAN SEGUNDO, I., “Pactos de desistimiento y resolución en contratos de distribución”, en HERRERO GARCÍA, M. J., (Dir.), *Contratos de distribución comercial-Garantías personales*, Ratio legis, Salamanca, 2010, p. 128.

Del mismo modo, puede darse la circunstancia que las partes hayan previsto una cláusula de terminación en el contrato, pero no hayan contemplado, entre sus posibles causas, la facultad de desistir unilateralmente del vínculo contractual.

A modo ilustrativo, este es el supuesto de la SAP de Madrid, de 10 de septiembre de 2013, (JUR\2016\125377), relativo a la extinción de un contrato de distribución entre la compañía mercantil de ron dominicana Brugal & Co, y la sociedad distribuidora española Zamora Distribuciones de Bebidas, S.L. La Sentencia advierte que las partes establecieron las causas de terminación del contrato en la cláusula séptima del contrato, “*sin que, pese al carácter indefinido de aquel previeran el desistimiento unilateral ni el preaviso con que debiera efectuarse*”.

Como es sabido, el desistimiento unilateral es una de las principales causas de extinción de los contratos de distribución<sup>378</sup>, y la duración<sup>379</sup> uno de los aspectos más conflictivos del contrato<sup>380</sup>. La determinación de la duración supone un requisito fundamental en los contratos de tracto sucesivo, y es un elemento esencial en los contratos de distribución. En este sentido, en las relaciones distributivas de duración indeterminada se sacrifica el interés de uno de los contratantes a continuar con la relación jurídica en favor del otro contratante que desea desligarse de ella, procurando que el contratante desistido sufra el menor perjuicio posible a causa de la extinción *ad nutum* del contrato<sup>381</sup>. Por tal motivo, se precisa de una colaboración comercial estable en los contratos de distribución que requieren de un periodo de tiempo necesario para poder alcanzar sus objetivos comerciales y desplegar todos sus efectos. Pero, como considera tanto la doctrina como

---

<sup>378</sup> PALAZÓN GARRIDO, M.L., “Cláusulas de vigencia, terminación y desistimiento en contratos de tracto sucesivo”, en SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, pp. 458 y ss.

<sup>379</sup> Sobre la duración del contrato de distribución se ha profundizado en el capítulo 3 de la Parte II de este trabajo.

<sup>380</sup> Por todos, GARCÍA HERRERA, A., *El impacto del tiempo en los contratos de franquicia y distribución exclusiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 22.

<sup>381</sup> Si bien, como acertadamente manifiesta MARTÍ MIRAVALLS concluye diciendo que tratará de reducirse el perjuicio pero no de eliminarlo por completo. En este sentido, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: Estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas”, *Revista de Derecho Mercantil*, 285, Julio-Septiembre 2012, p.105.

la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la celebración de contratos por tiempo indefinido no significa que se trate de una relación contractual de duración ilimitada<sup>382</sup>.

Si las partes han convenido un contrato de distribución de duración indefinida, es probable que se haya previsto en el contrato una cláusula de la terminación *ad nutum*. Con la introducción de este tipo de cláusulas se garantiza la libertad de salida de las partes mediante la atribución a cada una de ellas de la facultad unilateral de extinguir el contrato de distribución, incluso sin necesidad de indemnizar los daños que experimente su contraparte ni de satisfacerle con otra compensación<sup>383</sup>.

Este es el caso de la STS, Sala 1ª, de 25 de febrero de 2015, (RJ\2015\823), referente a la extinción de un contrato de distribución de especialidades farmacéuticas para uso veterinario entre la sociedad mercantil Merck, Sharp & Dohme Animal Health, SA, (antes Laboratorios Intervet, SA) y la distribuidora Farmasegre Lleida S.L., cuya cláusula 14ª del contrato reconocía el desistimiento unilateral sin que dicha facultad genere el derecho a percibir indemnización de clase alguna en favor del distribuidor.

Así las cosas, nada impide que se pueda pactar el desistimiento en las relaciones distributivas ni que dicho acuerdo suponga la entrega de la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes.

#### **IV. Requisitos del desistimiento unilateral**

Como es sabido, el desistimiento resulta una causa de extinción de los contratos de duración indefinida, independientemente de su modalidad contractual. Esta afirmación se cumple en los contratos de distribución en sentido estricto, cuyos acuerdos son atípicos, por lo que las partes no deben regirse por disposiciones de carácter imperativo como, por ejemplo, sucede en los contratos de agencia. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto los caracteres y requisitos que deben acontecer

---

<sup>382</sup> Como señalan, LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “El desistimiento unilateral en los contratos de distribución: análisis de la jurisprudencia al respecto”, *La Ley*, 1989, pp. 1206 y ss., y FONTCUBERTA LLANES, J., *El contrato de distribución de bienes de consume y la llamada indemnización por clientela*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 146.

<sup>383</sup> PAZ-ARES, C. J., “La terminación de los contratos de distribución”, *RDM*, nº 223, 1997, p. 8.

para poder invocar el desistimiento como causa de extinción de los contratos en general y de la terminación de las relaciones distributivas, en particular.

## 1. Requisitos del desistimiento como causa de extinción contractual en general

Para poder desistir de una relación contractual, tanto conforme a un acuerdo establecido por las partes como en defecto de pacto, es necesario que concurran determinadas circunstancias que serán requeridas para el reconocimiento del desistimiento como causa de extinción de los contratos. En este sentido, son precisas las tres condiciones siguientes:

- a) Que se trate de un acto unilateral de carácter recepticio
- b) Que no exista necesidad de alegar justa causa
- c) Que sea un contrato de tracto sucesivo con duración indefinida<sup>384</sup>

### 1.1. Que se trate de un acto unilateral de carácter recepticio

El desistimiento se caracteriza por ser una facultad unilateral, enteramente libre y voluntaria, que permite tanto al proveedor como al distribuidor poner fin a la relación contractual a petición de cualquiera de las partes. La parte activa es el contratante que desiste y debe comunicar a la pasiva el anuncio del desistimiento, por lo que éste se convierte en un acto de carácter recepticio. Con todo, los efectos del desistimiento se producen desde el momento en que la citada declaración llega a su contraparte<sup>385</sup>. Si bien, no es preciso que el destinatario acepte el desistimiento del contrato, basta únicamente con la mera notificación<sup>386</sup>.

---

<sup>384</sup> El tercer requisito, en opinión de Díez-Picazo, queda subdividido en dos de las tres características necesarias para que pueda producirse el desistimiento. Según el autor, los otros dos requisitos son que las partes hayan contraído una obligación o celebrado un contrato de tracto sucesivo, y que su duración sea indefinida. Como último requisito, el autor señala que necesario que se trate de relaciones obligatorias en las que exista un *intuitus personae*, “de manera que fundadas tales relaciones en la confianza, que las partes recíprocamente se merecen, cuando tal confianza se frustra, aparece como justa causa la posibilidad de poner fin a la relación”. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II*, 6ª Ed., Thomson Civitas, Navarra, 2008, p. 1088. En mi opinión, en lo relativo a los contratos que nos ocupan, el tercer requisito estimado por Díez-Picazo se encuentra inherente en todos los contratos de colaboración, como sucede con los contratos de distribución.

<sup>385</sup> Aunque la posición doctrinal es, salvo excepciones, unánime, sobre este asunto remito a Rodríguez Marín, que define al desistimiento unilateral como “*aquel acto en virtud del cual cualquiera de las partes pone fin a su relación contractual, antes del tiempo previsto, sin más requisitos que comunicar su decisión a las otras partes del contrato*”, RODRÍGUEZ MARÍN, C., *Op. cit.*, 1991, p. 176.

<sup>386</sup> Comparte la misma opinión, GARCÍA HERRERA, A., *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 571.

En este sentido, la SAP de Madrid, de 25 de marzo de 2014, (JUR\2014\105664), referente a la extinción de un contrato de distribución de duración determinada por la decisión unilateral de la entidad “Juste, S.A. Químico Farmacéutica”, se pronuncia del siguiente modo: “*La declaración e voluntad de no renovación constituye un acto unilateral de carácter recepticio, es decir, que exige que el mismo llegue a conocimiento de la otra parte-, que produce sus efectos desde el momento que es emitida, no desde el momento de su recepción*”<sup>387</sup>. Considerando que las partes debían pronunciarse con anterioridad al 1 de mayo de 2010 y que la proveedora emitió su declaración de no prorrogar el contrato el día 30 de abril del citado año, resulta irrelevante el momento en que esta declaración de voluntad llegara a conocimiento de la entidad distribuidora.

En lo que respecta a la forma, el desistimiento no está sujeto, salvo pacto en contrario, a ningún requisito solemne para ser susceptible de ser ejecutado por cualquiera de los contratantes<sup>388</sup>. Ahora bien, si el contrato se extingue por el desistimiento unilateral de cualquiera de las partes es necesario que dicha facultad se comunique mediante preaviso por escrito<sup>389</sup>. En este sentido, resulta curioso un supuesto en el que el distribuidor considera que el correo electrónico no resulta el medio adecuado para proceder a la extinción el contrato de distribución de forma fehaciente.

En este sentido, aunque no se trate de un supuesto de terminación por desistimiento sino de resolución contractual por incumplimiento, los tribunales consideran en la SAP de Barcelona, de 19 de noviembre de 2014,

---

<sup>387</sup>Vid. Fundamento de Derecho Cuarto de la SAP de Madrid, de 25 de marzo de 2014, (JUR\2014\105664), relativa a la extinción de un contrato de distribución de duración determinada entre “Juste, S.A. Químico Farmacéutica” y la entidad “Grisquímica Productos Químicos Limitados”. El contrato se terminó por la declaración de voluntad de no renovación del contrato de suministro y distribución, cuya duración era de dos años, prorrogables automáticamente, por plazos de dos años, “*salvo que medie denuncia expresa de alguna de las partes con una antelación mínima de tres meses a la finalización del plazo inicial del contrato o de alguna de sus prórrogas*”. De este modo, para que no se originara la prórroga automática del contrato era necesario que, cualquiera de las partes, declarase su voluntad de no renovarlo antes del 1 de mayo de 2010. Lo que efectivamente sucedió porque existen elementos probatorios que acreditan que la entidad “Juste, S.A. Químico Farmacéutica” emitió su declaración de voluntad de no prorrogar el contrato el día 30 de abril de 2010.

<sup>388</sup> Así lo expone FONTCUBERTA LLANES, J., *El contrato de distribución de bienes de consume y la llamada indemnización por clientela*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 148.

<sup>389</sup> Esta es la opinión del legislador respecto de los contratos de agencia, tal y como establece el art. 25.1 LCA, que puede servir de aplicación analógica para los contratos de distribución.

(AC\2012\2260), que el email remitido por la entidad proveedora Tres Tintas a la distribuidora Paper Moon es una forma de notificación fehaciente para poner fin al contrato de distribución<sup>390</sup>.

## 1.2. Que no exista necesidad de alegar justa causa

La declaración de voluntad unilateral adquiere tal protagonismo en el desistimiento de los contratos de distribución que se convierte, en nuestra opinión, en el primer requisito obligatorio para proceder a la extinción del contrato, máxime cuando despliega de forma válida sus efectos extintivos sin necesidad de acreditar una justa causa o motivo concreto<sup>391</sup>. De este modo, las partes están legitimadas para poner fin unilateralmente a un contrato de distribución *ad nutum*, por lo que su extinción no debe fundamentarse en una causa particular, sino que puede justificarse en razón de las propias características del contrato. A modo ilustrativo, póngase de ejemplo, la SAP de Barcelona, de 23 de abril de 2014, (JUR\2015\33130), relativa a la extinción de un contrato de distribución para la comercialización de productos de ortopedia y trauma, entre la comercial CMM, S.L. y la sociedad S&N, -adquirente de la multinacional Plus Orthopedic Holdings AG.- cuando establece:

*“El debate planteado –en el Fundamento de Derecho Cuarto-debe abordarse desde la premisa de la plena legitimidad de la resolución unilateral del contrato de distribución, con independencia de la concurrencia o no de esos concretos hechos. O sea, que la invocación de tales irregularidades, de forma subsidiaria en la comunicación librada para dar conocimiento de la decisión de dar por extinguido el contrato podría ser ponderada como una manifestación de los motivos (o de algunas razones) que dan lugar a esa decisión de resolver, no propiamente*

---

<sup>390</sup> En este sentido, el Fundamento de Derecho Segundo y Sexto de la SAP de Barcelona, de 19 de noviembre de 2012, (AC\2012\2260), relativos a la resolución por incumplimiento de un contrato de distribución, celebrado entre la mercantil Papeles Industriales Tres Tintas Bcn, SL (en adelante, Tres Tintas”) y la entidad Paper Moon, -para la distribución de sus productos en Reino Unido e Irlanda. En este caso, la distribuidora Paper Moon –constituida según la legislación inglesa como “*partnership*”- consideró que la sociedad Tres Tintas había procedió a una resolución del contrato injustificada y cuya terminación no se produjo de la forma fehaciente al proceder el proveedor a extinguirlo por email. Como se ha advertido, la AP de Barcelona se pronunció al respecto considerando que el correo electrónico es una forma de notificación fehaciente para comunicar la extinción del contrato.

<sup>391</sup> En los contratos de franquicia, MAYORGA TOLEDANO, M. C., *El contrato mercantil de franquicia*, Editorial Comares, 2ª ed., Granada, 2007, p. 158.

*como circunstancias de hecho que justifiquen o no la resolución de contrato, pues, como se indica, a dicha resolución se pudo llegar en razón de las propias características del contrato de distribución, y más en concreto de la cláusula contractual 15*”<sup>392</sup>.

Las partes no tienen la obligación de invocar justa causa o apoyarse en una razón especial, pero sí que puede preverse en el contrato una causa que pueda fundamentarlo, de manera que no se considere al desistimiento una facultad arbitraria ni abusiva<sup>393</sup>.

Sin embargo, es evidente que los proveedores ejercitan más frecuentemente la cláusula de desistimiento que los distribuidores (si se identifican con la parte débil del contrato), y que también, éstos suelen llevarse la peor parte de la terminación del contrato. Especialmente, porque los daños sufridos por el distribuidor a consecuencia de la terminación del contrato son siempre superiores, considerando las inversiones obligatorias que requiere la comercialización de los bienes y servicios del distribuidor y el *know how* del franquiciado.

Del mismo modo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico y en resto de Derechos continentales de nuestro entorno, en los sistemas jurídicos del *Common Law* se permite la posibilidad de liberarse de los contratos de larga duración (*long-term agreements*)<sup>394</sup>

---

<sup>392</sup> El pronunciamiento expuesto en la SAP de Barcelona, de 23 de abril de 2014, (JUR\2015\33130), relativo a la extinción de un contrato de distribución de duración determinada que, conforme a la cláusula 15 del contrato, establece como causas de terminación: “a) la expiración del plazo de duración pactado por las partes (un año o de cualquiera de sus prórrogas, b) el incumplimiento por cualquiera de las partes de alguna de las obligaciones contenidas en el contrato, debiendo en este caso preavisar al incumplidor con 30 días de antelación para subsanar el incumplimiento, de manera que si no lo hace se entiende automáticamente resuelto”. El Fundamento de Derecho Segundo de la citada Sentencia advierte a continuación: “Por lo que queda claro que el contrato autorizaba a S&N a darlo por terminado a la finalización de cualquiera de sus prórrogas sin más requisito que la notificación a CMM”.

<sup>393</sup> En este sentido, GARCÍA HERRERA, A., *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 572.

<sup>394</sup>La regulación de los contratos de larga duración (*long-term agreements*) en el Derecho inglés viene condicionada según MCKENDRICK por su naturaleza y su duración. Ambos rasgos son la base de las relaciones jurídicas de los contratos de colaboración que se caracterizan por su duración indefinida y relación de confianza *intuitu personae*. MCKENDRICK, E., “The regulation of Long-terms Contracts in English Law”, en BEATSON, J. and FRIEDMANN, D., (ED.), *Good faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Press, London, 1995, p. 307. Asimismo, John BELL apunta que esta tipología de contratos más sociológica que jurídica, puesto que las relaciones duraderas *inter partes* generan numerosos problemas jurídicos que han de resolverse teniendo en cuenta una perspectiva económica. En especial, siguiendo a CENTO VELJANOVSKI, BELL procede a la identificación de tres categorías de problemas: de duración –uno de los aspectos más conflictivos en la terminación de los contratos de distribución-, económicos –debido a la inflación de precios en el mercado- y la redacción de las cláusulas contractuales –identificadas como *terms*, entre las que podrían incluirse las *termination clauses*. Para ampliar, vid. BELL, J., “The Effect

sin necesidad de alegar causa alguna. Ahora bien, la terminación del contrato sólo será posible si ésta es conforme a los criterios que establece el principio de razonabilidad (*reasonableness*)<sup>395</sup>. En el sistema del *Common Law* la función integradora de la razonabilidad proviene principalmente de la ausencia en su régimen contractual del principio general de buena fe.

### 1.3. Que sea un contrato de tracto sucesivo con duración indefinida

La realidad económica actual requiere de unas relaciones distributivas estables entre los miembros de la red, por lo que la duración resulta un elemento esencial en esta modalidad de contratos. La duración es también un factor determinante en la extinción de los contratos de distribución<sup>396</sup>. Lo habitual es que las partes establezcan las cláusulas de duración en función de sus intereses comerciales<sup>397</sup>, que suelen variar en función de la reputación de la marca, por la calidad de sus productos o por las cláusulas que le otorgan una protección territorial<sup>398</sup>. Es frecuente que algunas de sus modalidades,

---

of Changes in Circumstances on Long-term Contracts” en *Contract Law Today*, Anglo-French Comparisons, HARRIS AND TALLON, OUP, Oxford, 1989, pp.195-220.

<sup>395</sup>Por todos, BROWNSWORD, R., “Bad faith, Good reasons and Termination of contracts”, en *Termination of contracts*, Ed. BIRDS, BRADGATE AND VILLIERS, Institute for Commercial Law Studies, University of Sheffield, Contract Law Series, (Reino Unido), 1995, pp. 225 y ss. Posteriormente se analizará el principio de razonabilidad en el Derecho Privado. Para obtener un concepto detallado de lo que se considera razonable cabe citar a WEISZBERG, G., “Le “Raisonnable” en *Droit du Commerce International*, 2003. Consultado el 15.09.2014 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Reasonableness.html.chp11>). Para profundizar en el principio de razonabilidad, entre otros, NICOLAU, N.L., “El principio de razonabilidad en el Derecho Privado”, *Revista de Derecho Privado (RPD)*, enero-febrero, 2010, pp.3-25. En el sistema del *Common Law* la función integradora de la razonabilidad proviene principalmente de la ausencia en su régimen contractual del principio de general de buena fe.

<sup>396</sup> Por todos, LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 46, y ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Duración de los contratos de distribución comercial”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J., VIERA GONZÁLEZ, A. J., (Dir.), *Los contratos de distribución*, La Ley, 2010, p. 548.

<sup>397</sup> La libertad del proveedor –fabricante o franquiciador- de poner fin a la relación comercial y reorganizar la red, confronta a menudo con el interés del franquiciado o distribuidor de mantenerse en el sistema, que le sitúa frente a otros revendedores en una posición privilegiada. Igualmente, interesante reflexión es la realizada por Alcalá Díaz, que suscribo íntegramente, respecto a la duración de los contratos de distribución en virtud de los intereses comerciales de las partes. Expone la autora que los fabricantes o productores oferentes suelen mostrarse interesados por la celebración de los contratos de larga duración en aras de construir una red de distribución estable. ALCALÁ DÍAZ, M. A., “El pacto de duración y extinción anticipada de los contratos de distribución”, en ALCALÁ DÍAZ, M.A.,(Dir.) “El pacto de duración y extinción anticipada de los contratos de distribución”, en *Los Contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2015, p. 200.

<sup>398</sup>Véase GARCÍA HERRERA, A., *El impacto del tiempo en los contratos de franquicia y distribución exclusiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.27.

particularmente concesión y franquicia, se prolonguen durante un tiempo determinado<sup>399</sup>. Este término puede ser más o menos extenso, pudiéndose prever la renovación del contrato en una cláusula de terminación, en cuyo caso, podría convertirse en un acuerdo indefinido. Asimismo, la prolongación temporal de la relación distributiva es más intensa cuanto mayor grado de integración exista entre las partes del contrato<sup>400</sup>.

El fundamento del desistimiento unilateral como causa de extinción de los contratos reside en las relaciones jurídicas cuya duración sea indefinida. Se admite, por tanto, el desistimiento unilateral, aunque en el negocio jurídico no se reconozca dicha facultad, siempre que se trate de una relación contractual de tracto sucesivo con duración indefinida. De hecho, la jurisprudencia ha reconocido esta facultad en numerosos pronunciamientos sobre los contratos de distribución.

A modo de ejemplo, destaca la STS, Sala 1ª, de 4 de junio de 2020 (RJ\2020\1580), relativa a la extinción de un contrato de franquicia por incumplimiento recíproco de ambas partes, la franquiciadora (Global Nagampra, S.L.) y la franquiciada (Dasarva 92, S.L.) en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto<sup>401</sup> se pronuncia acerca de la naturaleza de los contratos de tracto sucesivo, sobre los que establece: “caracterizamos los contratos de tracto sucesivo como aquellos en que *“un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones*

---

<sup>399</sup> Respecto al contrato de franquicia, es de la misma opinión, MAYORGA TOLEDANO, M. C., *Op. cit.*, Granada, 2007, p. 160. Asimismo, según sostiene PUYALTO FRANCO, respecto del “Informe sobre la problemática de los contratos de distribución”, la mayor parte de estos contratos se celebran por tiempo determinado. Vid. PUYALTO FRANCO, M.J., *Op. cit.*, Barcelona, 2012, p. 1493.

<sup>400</sup> Siguiendo a VAQUERO PINTO, M. J., *Op. cit.*, Valencia, 2015, p. 518.

<sup>401</sup> Para profundizar sobre este extremo, la STS hace referencia a las resoluciones siguientes, entre otras, las SSTS, de 21 de marzo de 2013, (RJ\2012\5570) y (RJ\2012\5571), 24 de julio de 2013 (RJ\2013\5204) y, mas recientemente, la STS, de 31 de enero de 2019 (RJ\2019\388).

*en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes".*

Otro supuesto susceptible de ilustración es la STS, Sala 1ª, de 19 de julio de 2016, (RJ\2016\3210), relativa a la terminación de un contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida entre la distribuidora EAR, S.A. y la mercantil proveedora GP Acoustics GMB. Aunque el acuerdo no había previsto una cláusula de preaviso, la proveedora extinguió el contrato ejercitando la facultad de desistimiento, tal y como se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, el Tribunal Supremo estimó parcialmente en casación la petición del distribuidor al reconocer la insuficiencia del plazo de preaviso con la que la proveedora GP Acoustics GBM había ejercitado el desistimiento<sup>402</sup>.

Además, destaca la STS, Sala 1ª, de 16 de marzo de 2016, (RJ\2016\858), atinente a la extinción sorpresiva de un contrato de distribución en exclusiva decidida unilateralmente por la concedente Campagnola Ibérica de Suministros Agrícolas S.A. que perjudicó a la distribuidora Felipe Borrás S.A. La Sentencia, con referencia a otra resolución del Tribunal Supremo, reconoce la facultad de desistir unilateralmente de los contratos de duración indefinida, con una serie de limitaciones. Cito textualmente: *“en nuestro sistema, como regla, las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida, pese a lo cual, el deber de lealtad, cuya singular trascendencia en el tráfico mercantile destaca el art. 57 CCom exige que la parte que pretende desistir unilateralmente sin causa preavise a la contraria, incluso cuando así no esté previsto, de conformidad con lo establecido en el art. 1258 CC, salvo que concurra causa razonable para omitir tal comunicación”*<sup>403</sup>.

---

<sup>402</sup> Respecto a las consecuencias del desistimiento del contrato por parte del proveedor, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación e integró la compensación por clientela a favor del distribuidor dentro del marco del lucro cesante como criterio de cálculo de la indemnización resultante como consecuencia del periodo de preaviso insuficiente. Vid. Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, de 19 de julio de 2016, (RJ\2016\3210).

<sup>403</sup> Vid. el Fundamento de Derecho Cuarto de la STS, Sala 1ª; 16 de marzo de 2016, que pone de manifiesto la facultad de las partes de desvincularse de los contratos de duración indefinida sin necesidad de alegar

La facultad de desvincularse del contrato permite que ninguna de las partes quede vinculada eternamente o *sine die*<sup>404</sup>, aunque se trate de la celebración de un contrato de duración indefinida. Con independencia de los supuestos de desistimiento previstos en la ley, tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido el desistimiento incluso cuando las partes no lo hayan previsto en el contrato. Se trata de un reconocimiento implícito de los principios generales del derecho que prohíben las relaciones perpetuas en los contratos de tracto sucesivo o la posibilidad de desligarse de un contrato si falla la confianza depositada en la otra parte.

En este sentido, destaca, a modo de ejemplo la STS, Sala 1ª, de 30 de mayo de 2016, (RJ\2016\2293), referente a la finalización de un contrato de distribución entre la proveedora de ron Brugal&co y el distribuidor español Zadibe, S.L., cuyo acuerdo había previsto una cláusula de terminación en la que no se incluía el preaviso como causa de extinción. El Fundamento de Derecho Cuarto de la citada Sentencia se pronuncia sobre las condiciones de negociación propias de una economía de libre mercado, donde rigen las reglas de la oferta y la demanda y de la lícita búsqueda de una mayor rentabilidad por parte de las empresas que operan en el tráfico mercantil. De este modo, el Tribunal Supremo estima que no hubo coacción antijurídica en el desistimiento que puso fin al contrato de distribución. En palabras del Alto Tribunal, se produjo, *“el planteamiento de unas condiciones para la continuidad de la relación, que el concedente no tenía la obligación de mantener invariablemente sine die, y que el distribuidor, como empresario decidido a dicho ámbito de negocio podía evaluar en cuanto a su conveniencia y aceptación o rechazo. Lo contrario supondría consagrar una especie de vinculación contractual perpetua que no tiene amparo legal y que incluso pugna con los principios de libertad de empresa y libre competencia”*.

---

justa causa o incluso, sin que sea preciso que se haya previsto en el contrato, tal y como se pronuncia la STS, Sala 1ª, 18 de julio de 2012, (RJ\2012\8363).

<sup>404</sup> Por todos, QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de Contratos*, cit., p. 1381.

En definitiva, es admisible con carácter general que las partes puedan desvincularse del contrato en cualquier momento cuando se trate de contratos de duración indefinida. Ahora bien, no puede suceder lo mismo en los contratos de duración determinada, en los de tracto único<sup>405</sup> o en los contratos de suministro con precio aplazado<sup>406</sup>.

Respecto a los contratos de duración determinada, la facultad de ejercitar el desistimiento unilateral supone un supuesto de incumplimiento del contrato *ante tempus*<sup>407</sup> salvo que, las partes hayan previsto cláusulas de terminación *ad nutum* que lo permitan. En este caso, el contrato deberá recoger un periodo de preaviso razonable que deberá ser respetado en favor de la parte desistida. Sin embargo, lo más frecuente en los contratos de distribución de duración determinada es que las partes hayan acordado una cláusula de prórroga que excluya la tácita reconducción del contrato, de modo que, si llegada la fecha de vencimiento ninguna de las partes se ha pronunciado, se producirá tácita y automáticamente la renovación del mismo. Si las partes deciden prorrogar el contrato podrán darse dos posibilidades: que la cláusula de renovación especifique la duración por la que podrá prorrogarse el contrato, o bien, que el acuerdo se convierta en un contrato indefinido.

En relación con la primera posibilidad, –renovación del contrato por tiempo determinado–, destaca, el supuesto anteriormente descrito en la SAP de Madrid, de 25 de marzo de 2014, (JUR\2014\105664), relativo a la terminación unilateral de un contrato de distribución por decisión de la entidad “Juste, S.A. Químico Farmacéutica”. Considerando que las partes debían pronunciarse con anterioridad al 1 de mayo de 2010 y que la proveedora emitió su declaración de no prorrogar el contrato el día 30 de abril del citado año, el contrato quedó extinguido por la voluntad de la concedente de no renovar el contrato al término de su vencimiento.

Por otra parte, si los contratos de distribución de duración determinada no han previsto expresamente una cláusula de prórroga o renovación, la doctrina se ha planteado la

---

<sup>405</sup> Por todos, RODRÍGUEZ MARÍN, C., *Op. cit.*, 1991, p. 210.

<sup>406</sup> En opinión de DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6ª Ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 1087.

<sup>407</sup> Me ocupo del incumplimiento del periodo de preaviso en los contratos de distribución en el capítulo 2 de la Parte II de este trabajo, que lleva por título “La resolución por incumplimiento como causa de extinción de los contratos de distribución”.

necesidad de reconocer al distribuidor un periodo de preaviso razonable cuando el proveedor tenga la firme intención de terminar la relación distributiva<sup>408</sup>. Se pretende que esta notificación evite al distribuidor perjuicios adicionales causados por la realización de nuevas inversiones o nuevos gastos ante la expectativa de continuidad de la relación contractual.

## 2. Requisitos del desistimiento como causa de extinción en los contratos de distribución

Una vez analizados los requisitos que precisa el desistimiento unilateral como causa de extinción de los contratos, se hará hincapié las especificidades propias de la facultad de desistir de los contratos de distribución<sup>409</sup> que, siguiendo a la jurisprudencia<sup>410</sup>, son las siguientes:

- a) Relaciones contractuales indefinidas o de larga duración
- b) Relaciones obligatorias duraderas o de tracto sucesivo
- c) Contratos basados en relaciones jurídicas de confianza o *intuitu personae*

---

<sup>408</sup> Entre otros, LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Monografías Civitas, 1ª Ed., Madrid, 1998, p.60 y ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *Op. cit.*, La Ley, 2010, p. 570.

<sup>409</sup> En lo que respecta al desistimiento en los contratos de agencia, LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Monografías Civitas, 1ª Ed., Madrid, 1998, p.160.

<sup>410</sup> En este sentido, la SAP de Madrid, de 8 de julio de 2014, (JUR\2014\245728), relativo a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva entre la mercantil Maffinter Med S.L. y la entidad Gebrüder Martin GMBH & Co. KG, para la comercialización de productos para la cirugía oral y maxilofacial en el ámbito territorial de la Península Ibérica. En este supuesto, en el Fundamento de Derecho Cuarto se establecen los requisitos necesarios que precisa una relación obligatoria para poder terminarse por la sola y libre voluntad de una de las partes. Otra resolución que también sirve de ilustración es la SAP de Barcelona, 28 de marzo de 2014, (JUR\2014\236971) referente a la extinción de un contrato verbal de distribución en exclusiva entre la distribuidora de motocicletas y ciclomotores Motor Gas Motos S.A., y la proveedora Moto SpA, en el que se expone que los contratos de distribución se caracterizan tanto por la temporalidad de los contratos como la incidencia del principio *intuitu personae*.

Sin embargo, un sector de la doctrina –cuya posición no comparto–, entiende que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, son otros tres los aspectos fundamentales para la plena admisibilidad del desistimiento unilateral como causa de extinción de los contratos de distribución. Aunque comparto el carácter duradero de los contratos de distribución, las relaciones *intuitu personae* o *intuitu instrumenti*, introduce un tercer elemento que, aunque es frecuente en la práctica, no debe ser necesario para poder ejercitar el desistimiento, considerando que éste es más propio de los contratos de concesión o distribución exclusiva pero no es tan habitual en otras modalidades de colaboración donde la incidencia del *intuitu* es menor puesto que adquieren un grado de integración menor (o basado en el *intuitu instrumenti*) como la distribución selectiva o incluso, un contrato de distribución en sentido amplio como es el contrato de agencia. Para profundizar sobre este tema, vid., LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Monografías Civitas, 1ª Ed., Madrid, 1998, pp. 160-161.

## 2.1. Relaciones contractuales indefinidas o de larga duración

Aunque los contratos de duración no se configuran en nuestro ordenamiento jurídico como una categoría autónoma o específica de contratos, la doctrina se encargó de distinguirlos respecto de los contratos de ejecución instantánea. En este sentido, la doctrina parece referirse a esta tipología de contratos como “*relaciones obligatorias de duración*” en virtud de la influencia germánica<sup>411</sup>.

El primer requisito para el reconocimiento del desistimiento como causa de extinción del contrato, -considerándolo uno de los razonamientos esenciales para la admisión del desistimiento en general que ha sido previamente analizado-, es que las partes hayan pactado un contrato de tracto sucesivo cuya duración sea indefinida. Esta es la posición admitida por la jurisprudencia que también ha sido acogida por totalidad de la doctrina que ha estudiado la cuestión<sup>412</sup>. Especialmente, en lo que respecta a los contratos de distribución.

Así se pronuncia la STS, Sala 1ª, de 8 de octubre de 2013, (RJ\2013\8002), referente a la extinción de un contrato de distribución verbal en exclusiva entre la distribuidora Comercial Dimac, S.L. que comercializaba productos de alimentos para peces y acuarios de la proveedora Sera GmbH en la zona norte de España y se prolongó durante veinte años hasta que la proveedora desistió del contrato. En esta resolución se trae a colación, en el Fundamento de Derecho Noveno (en el pronunciamiento se advierte como 9), que: “*en nuestro sistema, como regla, las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida...pese a lo cual, el deber de lealtad, cuya singular trascendencia en el tráfico mercantil destaca el artículo 57 Ccom., exige que la parte que pretende desistir unilateralmente sin causa preavise a la contraria incluso cuando no está así expresamente previsto, de*

---

<sup>411</sup> Como indica ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Duración de los contratos de distribución comercial”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J., VIERA GONZÁLEZ, A. J., (Dir.), *Los contratos de distribución*, La Ley, 2010, p. 547.

<sup>412</sup> En opinión de LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Monografías Civitas, 1ª Ed., Madrid, 1998, p. 162.

*conformidad con lo establecido en el art 1258 CC, salvo que concurra causa razonable para omitir dicha comunicación”.*

En el mismo sentido, la SAP de Barcelona, de 29 de enero de 2013, (JUR\2013\252253), relativa a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva expone que la legitimidad del desistimiento como causa de extinción de los contratos de distribución, cuando afirma: *“El carácter indefinido del contrato de distribución que unía a las partes autorizaba a cualquiera de ellas a poner fin al mismo sin necesidad de justa causa”*<sup>413</sup>.

## **2.2. Relaciones obligatorias duraderas o de tracto sucesivo**

El desistimiento como requisito específico de la terminación de los contratos de distribución viene fundamentado por su tiempo de duración y la ejecución continuada de las obligaciones contraídas por las partes. De este modo, se precisa de un nivel de integración no superficial del distribuidor en la estructura y redes empresariales del proveedor, para lo que se requiere de tiempo y estabilidad. La duración y el tipo de actividad de los contratos de distribución –entre los que se incluyen concesión mercantil, distribución selectiva y franquicia- permite distinguirlos de otros contratos de colaboración como la mediación, el corretaje o la comisión que, aunque próximos, requieren de una actividad ocasional y un tiempo determinado. La diferencia radica en que los primeros precisan de una colaboración de tracto sucesivo o duradera mientras que en los segundos se permite una colaboración puntual o aislada<sup>414</sup>, más propia de los contratos de ejecución instantánea como el de compraventa. Con todo, y aunque estos contratos colaborativos ocasionales son también susceptibles de repetición, para ejercitar la facultad de ejercitar libremente el desistimiento unilateral se requiere de un tiempo indefinido, porque para extinguir un contrato de duración determinada es preciso alegar justa causa.

A modo de ejemplo, como excepción a lo aquí expuesto, puede resultar interesante la SAP de Madrid, de 9 de abril de 2018, (AC\2018\739), relativo a la extinción de un contrato de distribución exclusiva entre el distribuidor José Antonio D. Villaverde S.L. y la proveedora de cervezas

---

<sup>413</sup> Vid. Fundamento de Derecho Tercero de la SAP de Barcelona, de 29 de enero de 2013, (JUR\2013\252253).

<sup>414</sup> Siguiendo a ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *Op. cit.*, 2010, p. 550.

MAHOU, cuyo pacto fue concebido como un acuerdo de duración determinada (en la cláusula 19, desde el 10 de julio hasta el 31 de diciembre de 2010<sup>415</sup> con derecho a prórroga) en el que se admitía el desistimiento como causa de extinción siempre que cualquiera de las partes preavisara a su contraparte con un mes de antelación<sup>416</sup>. De este modo, la AP desestimó las pretensiones de la parte apelante (distribuidor) frente a MAHOU por haber respetado la proveedora los términos del contrato (cláusulas 19, 21 y 22) considerando “*la no renovación del contrato que asiste a ambas partes, con un determinado plazo de preaviso, no requiere la invocación, ni menos aún la prueba de una justa causa; algo lógico pues se produce por la voluntad de una de las partes conforme a la facultad reconocida en el contrato mismo*”<sup>417</sup>.

### 2.3. Contratos basados en relaciones jurídicas de confianza o *intuitu personae*<sup>418</sup>

El desistimiento unilateral en los contratos de distribución constituye uno de los posibles supuestos de extinción de las obligaciones al margen de la ineficacia de los contratos, que, en mi opinión, está especialmente reservado para los acuerdos duraderos con una base negocial colaborativa. O propia de las relaciones *intuitu personae*. Los contratos de distribución requieren de una relación de confianza que, cuando se frustra, deteriora, o desaparece el motivo por el que las partes se obligó a celebrar el contrato, se permite a los contratantes a ejercitar el desistimiento y poner fin al contrato. El verdadero

---

<sup>415</sup> La cláusula 19 del contrato establecía que “*podía prorrogarse tácitamente de año en año si ninguna de las partes advierte a la otra por escrito, con un mes de antelación, por lo menos, a la fecha de su vencimiento, su decisión de no continuar la relación contractual*”. Como dispone el Fundamento de Derecho Cuarto de la citada resolución (AC\2018\739), los términos del contrato “*son claros y no dejan duda sobre la intención querida por los contratantes al fijar la duración contractual*”.

<sup>416</sup> Aunque en el texto hacemos mención del término desistimiento, el pronunciamiento de la AP hace referencia al término “rescisión del contrato” señalando que: “*será causa de rescisión en cualquier momento, sin derecho a indemnización por parte del Concesionario, el incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas en el presente contrato- y la cláusula 22 -que contiene un pacto de exclusión del indemnización, distinguiendo, de un lado, el caso de extinción del contrato por infracción de alguna de sus condiciones, y de otro lado, el transcurso del plazo o de la prórroga en su caso...*”.

<sup>417</sup> Con todo, conviene precisar que en la la SAP de Madrid, de 9 de abril de 2018, (AC\2018\739), la Audiencia Provincial sí que estimó en parte otras cuestiones reclamadas por el distribuidor apelante (Sr. José Antonio D. Villaverde) en relación con la devolución de avales por parte de la proveedora. Para profundizar sobre este aspecto, Fundamento de Derecho Octavo de esta resolución.

<sup>418</sup> En el Capítulo 5 de la Parte II de este trabajo se profundizará en la incidencia del *intuitu personae* como causa de extinción de los contratos de distribución.

significado del principio *intuitu personae o instrumentii* consiste en la celebración de un contrato en atención a quién deba prestarlo, de modo que, la pérdida de confianza entre los contratantes legitima a cualquiera de las partes a poner fin al contrato. A modo ilustrativo, destacan algunos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales de Madrid y Barcelona, entre las que destacan:

-La SAP de Barcelona, de 28 de marzo de 2014, (JUR\2014\236971), referente a la extinción de un contrato verbal de distribución en exclusiva entre la distribuidora de motocicletas y ciclomotores Motor Gas Motos S.A., y la proveedora Moto SpA, expone, como se ha advertido, las dos notas características de los contratos de distribución, que, según la jurisprudencia, son la temporalidad de los contratos y el predominio en la contratación del principio *intuitu personae*<sup>419</sup>.

-Por su parte, la SAP de Madrid, de 8 de julio de 2014, (JUR\2014\245728), relativa a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva entre la mercantil Maffinter Med S.L. y la entidad Gebrüder Martin GMBH & Co. KG, para la comercialización de productos para la cirugía oral y maxilofacial en el ámbito territorial de la Península Ibérica, la distribuidora cuestiona la validez y eficacia del desistimiento unilateral ejercitado por la proveedora. La Audiencia estima que resulta incuestionable la validez de la extinción considerando que la proveedora ha puesto fin a la relación contractual debido a una pérdida o frustración de la confianza que se requiere en esta tipología de contratos. En el Fundamento de Derecho Quinto se advierte que “*los contratos de distribución, como modalidad de contrato de colaboración entre empresarios, está basado en la confianza mutua, atendiendo a las virtudes, capacidades, crédito y condiciones particulares del distribuidor o concesionario*”. Asimismo, se pone de manifiesto el reconocimiento del desistimiento como causa de extinción de los contratos “*respecto de aquellas relaciones obligatorias en las que exista un INTUITU PERSONAE, es decir, aquellas en las que el contrato que las constituye*

---

<sup>419</sup> En este sentido, vid. Fundamento de Derecho Segundo de la SAP de Barcelona, de 28 de marzo de 2014, (JUR\2014\236971).

*aparezca celebrado en consideración de la persona de manera que la relación jurídica se encuentre fundada en la confianza que las partes recíprocamente se merecen, por lo que, cuando tal confianza se frustra, aparece como justa causa la posibilidad de poner fin a la relación”.*

-Resulta conveniente traer, de nuevo, a colación la SAP de Barcelona, de 29 de enero de 2013, (JUR\2013\252253), relativa a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva, que se reitera en su posición advirtiendo que se reconoce el desistimiento como causa de terminación en los contratos de distribución por su carácter *intuitu personae* y duración indefinida. *“De manera que no puede cuestionarse propiamente la ruptura de las relaciones entre las partes, particularmente cuando no existe una duración contractual previamente establecida, sino que se trata de un contrato de duración indefinida. Esa prerrogativa, basada en los principios generales del Derecho de vinculaciones perpetuas (art. 1583 CC) y la necesidad de persistencia en la confianza mutua durante toda la ejecución del contrato (art. 1733 CC)”*<sup>420</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido el derecho del desistimiento en esta naturaleza personalísima de los contratos de distribución<sup>421</sup>. Si desaparece la confianza, el sustrato personal de partes o bien, las cualidades personales de cualquiera de los contratantes que animó a su contraparte a vincularse jurídicamente, se reconoce la facultad extintiva del desistimiento unilateral<sup>422</sup>. Aunque el desistimiento no resulte admisible en aquellos contratos de colaboración cuya duración sea determinada porque, como se ha manifestado anteriormente, la parte que haya desistido antes del tiempo previsto incurre en un verdadero incumplimiento contractual<sup>423</sup>. Excepcionalmente, y

---

<sup>420</sup> Vid. el Fundamento de Derecho Tercero la SAP de Barcelona, de 29 de enero de 2013, (JUR\2013\252253).

<sup>421</sup> Sobre este punto, comparte la misma opinión, QUICIOS MOLINA, S., “La ineficacia contractual”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, ...p. 1384.

<sup>422</sup> Para profundizar sobre esta afirmación vid. Capítulo V de la II Parte de este trabajo de investigación.

<sup>423</sup> Con la salvedad de que las partes hayan pactado tal extremo en el contrato, habiendo previsto también un plazo de preaviso que debe ser respetado (por la parte que desiste) y no se aprecie mala fe o abuso de Derecho, tal y como se ha expuesto, por ejemplo, en el supuesto entre la proveedora de cerveza MAHOU y el distribuidor Villaverde en la SAP de Madrid, de 9 de abril de 2018 (AC\2018\739) analizada anteriormente.

considerando sus intereses comerciales, la parte interesada podrá extinguir el contrato impidiendo su prórroga en el plazo de tiempo habilitado para ello.

Este es el supuesto expuesto en la SAP de Barcelona, de 23 de abril de 2014, (JUR\2015\33130), relativo a la extinción de un contrato de distribución de duración determinada entre CMM, S.L. y la entidad Smith & Nephew, S.A. (en adelante S&N), que regulaba la comercialización de productos de ortopedia y trauma, en exclusiva para varias provincias de Galicia o para concretos centros hospitalarios de la Comunidad Autónoma. En este sentido, la proveedora manifestó a la distribuidora CMM.S.L., su voluntad de no renovar el contrato de distribución por expiración de la prórroga anual conforme a la cláusula 15 a) contrato, que establecía las causas de terminación del contrato. El Fundamento de Derecho Quinto de la citada resolución advierte que *“la decisión de no prorrogar el contrato se adoptó tomando en cuenta los intereses comerciales de S&N, que no respondía a pura arbitrariedad, capricho o intención de perjudicar”* sino que se debe *“a la total pérdida de confianza, .. a la que se ha podido llegar en razón de las propias características de los contratos de distribución”*.

#### **2.4. Contratos con pacto de exclusiva**

Por último, en determinadas modalidades contractuales como la concesión, resulta más habitual el desistimiento como causa de extinción de los contratos por la propia naturaleza de estos acuerdos, que suelen estar configurados como contratos duraderos. El concesionario no es un simple adquirente de los productos del proveedor, sino que es también el encargado de la reventa de los mismos, por el alto nivel de integración respecto de su empresario principal, requiere de una protección adecuada. Como es sabido, en los mecanismos dirigidos a la libre terminación del contrato, existe un principio general que imposibilita las relaciones jurídicas eternas que actúa como limitación al principio de autonomía de la libertad y el desistimiento se configura como el instrumento jurídico que evita esa perpetuidad.

Por otra parte, el ejercicio del desistimiento lleva consigo la aparición de otro elemento como el preaviso, que es el principal derecho que debe reconocerse a cualquier distribuidor en los contratos duraderos. A pesar de que estos contratos son atípicos,

existen limitaciones impuestas por las disposiciones europeas que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico que imponen no solo la obligación de preavisar de la terminación de los contratos de distribución de vehículos automóviles de duración indefinida sino también de comunicar de la intención de no renovar el acuerdo de duración determinada a la otra parte.

## V. Posibles supuestos de desistimiento en los contratos de distribución

Como se ha advertido anteriormente, la jurisprudencia admite con normalidad la terminación de los contratos de distribución en los que no se ha fijado un plazo mediante el desistimiento unilateral a voluntad de cualquiera de las partes<sup>424</sup>. Tanto distribuidor como proveedor poseen la facultad de desistimiento a través de una declaración de voluntad unilateral de carácter recepticio. De este modo, se pone en práctica la aplicación del principio general del derecho por el que ninguna de las partes puede quedar vinculado *sine die* por una relación jurídica contractual.

Ahora bien, esta facultad de desistimiento unilateral también posee sus límites, pues debe realizarse de buena fe, con previo aviso y sin que pueda resultar abusiva<sup>425</sup>. Para que el ejercicio de la facultad de desvincularse del contrato no sea abusivo, debe de realizarse en los términos legal y contractualmente establecidos. Y, en defecto de pacto expreso que contemple una cláusula de terminación, la buena fe también se presume; sin que la parte que desista pueda calificar como tal, la causa de terminación del contrato para prescindir de las indemnizaciones a su contraparte.

En este sentido, resulta interesante la extinción de un contrato de distribución previsto en la SAP de Asturias de 9 de marzo de 2018, (AC\2018\695) entre Bodegas Borsao y su distribuidora Exclusivas Méndez León S.L. en Asturias en el que la proveedora alega haber

---

<sup>424</sup> Vid. entre otras, las siguientes SSTS de 21 de noviembre de 2005 (RJ\2005\7677), de 20 de marzo de 2007 (RJ\2007\26

22), de 26 de marzo (RJ\2008\4128), de 26 de junio (RJ\2008\3305), de 9 de julio de 2008 (núm. 652/2008) de 30 de diciembre de 2010 (RJ\2010\7563) y de 12 de marzo de 2013 (RJ\2012\1583).

<sup>425</sup> Por todos, VÁZQUEZ ALBERT, D., “La terminación de los contratos de distribución”, en *Los Contratos de distribución comercial: novedades legislativas y jurisprudenciales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 166 y ss.

desistido del contrato –para evitar generar el derecho a cualquier tipo de indemnización<sup>426</sup>- mientras que la distribuidora expone que el desistimiento no ha sido la verdadera causa de terminación del contrato. Y que, de ser considerarlo tal facultad extintiva, no se había ejercitado de buena fe. En este sentido, tal y como se ha pronunciado la AP en el Fundamento de Derecho Tercero de tal resolución: *“Resulta que fue la conducta previa de la demandada (la proveedora) negándose a servir los pedidos que le había hecho a principios del mes de septiembre de 2014, la que provoco que la actora, ante la ausencia de respuesta a sus reclamaciones, diera por finalizada la relación contractual 22 días después en base al citado incumplimiento, debido a la situación de desabastecimiento que ello genero en la red de establecimiento de hostelería en que el vino de la demandada, era el que se ofertaban como de la casa, unido al hecho de que paralelamente fue advertida por sus clientes, que los vinos de la demandada les estaban siendo ofertadas por una tercera distribuidora, a la que hubieron de adquirirlos en lo sucesivo. No es que existiera por ello, como invoca la demandada, un mero retraso por su parte, que al igual que había sucedido en anteriores ocasiones, nunca había implicado el desabastecimiento e imposibilidad de suministro a los clientes, sino una negativa injustificada en firme a servir los pedidos requeridos por la actora cuando ya se había contactado con otro distribuidor. Teniendo en cuenta todas esas circunstancias, debe reputarse la resolución injustificada, y calificarla de desistimiento unilateral contrario a la buena fe por parte de la demandada, en cuanto al ser sorpresiva e inopinada, sin preaviso previo, no dejo margen de reacción y adaptación de la distribuidora a la nueva situación”*.

---

<sup>426</sup> En el presente supuesto debe determinarse la existencia o no de un desistimiento unilateral del contrato por causa imputable a la demandada (Bodegas Borsao), dado que, como se pronuncia la AP de Asturias en el Fundamento de Derecho Tercero: *“...ello es presupuesto necesario para la procedencia de los dos conceptos indemnizatorios objeto de reclamación, esto es tanto de la postulada por clientela, en cuanto el art. 30. b) de la LCA, la excluye cuando es el agente quien denuncia el contrato, sin causa en un incumplimiento previo imputable al empresario, y lógicamente esa denuncia o desistimiento unilateral excluye cualquier tipo de indemnización por falta de preaviso”*.

Respecto a algunas de las modalidades contractuales de colaboración, como sucede en el contrato de agencia, el legislador ha prescrito en el artículo 25 LCA los requisitos necesarios para poder desligarse unilateralmente del contrato. El citado artículo, que como el resto de los preceptos de la LCA presenta carácter imperativo (art. 3 LCA), dispone que la denuncia<sup>427</sup> debe realizarse por escrito y respetando los plazos de preaviso legalmente configurados para ello<sup>428</sup>. Si se hubiera desistido de un contrato de agencia de manera abusiva, la parte que pone fin al contrato queda obligada a indemnizar por los daños y perjuicios generados a su contraparte. En cambio, en los contratos de distribución, al tratarse de un contrato atípico, rige la libertad de forma también en lo relativo a la voluntad de desistimiento *ad nutum*. Así, las partes pueden acordarlo expresamente en el contrato como un mecanismo de *self enforcement*.

No obstante, también se hacen extensibles los límites expresamente regulados en la LCA a los contratos de distribución. Ante el silencio legislativo, resultó fundamental la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya reconoció desde finales de los ochenta la denuncia o el desistimiento unilateral como causa de extinción de los contratos de colaboración; siempre y cuando se realizara de buena fe, se produjera mediante preaviso y se efectuara por escrito. En esta labor, los tribunales han tomado como punto de referencia la antes mencionada Ley de contrato de agencia, aplicándola por analogía a los casos de contratos de distribución<sup>429</sup>.

De hecho, a partir de la STS, Sala 1ª, de 22 de marzo de 1988, (RJ\1988\2224) se consolidó una sólida jurisprudencia en un momento en el que ambos contratos de colaboración, agencia y distribución eran atípicos<sup>430</sup>. Asimismo, dicha sentencia, previa a la Ley 12/1992, de 27 de

---

<sup>427</sup> Aunque el legislador haya prescrito el término denuncia en las disposiciones de la LCA, en nuestra opinión, y siendo los contratos de distribución acuerdos de tracto sucesivo, y en gran parte, de duración indeterminada, utilizaremos el término desistimiento.

<sup>428</sup> Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, la LCA utiliza el término denuncia unilateral para referirse al desistimiento unilateral, incluso cuando se trata de relaciones contractuales de carácter duradero.

<sup>429</sup> Si bien, conviene precisar que la aplicación analógica es considerada una analogía débil puesto que prevalece lo que las partes hayan pactado aunque lo estipulado sea contrario a lo establecido en la LCA. Es de la misma opinión, VÁZQUEZ ALBERT, D., “Marco normativo de la distribución comercial en Derecho español y propuestas de regulación”, *Revista de Derecho*, nº 22, 2017, p.8.

<sup>430</sup> Así se ha expuesto en numerosas ocasiones, la Ley 12/1992, es de 27 de mayo de 1992. Hasta su entrada en vigor, la STS, Sala 1ª, de 22 de marzo de 1988 la SAP de Barcelona, de 29 de enero de 2013, (JUR\2013\252253) se convirtió un referente jurisprudencial.

mayo, de contrato de agencia, establece, como veremos más adelante, los dos de los principales tipos de resarcimientos a los que deberá hacer frente el empresario que decida poner fin a la relación sin justa causa y con abuso de derecho: una indemnización por daños y perjuicios, y una indemnización por clientela<sup>431</sup>.

Si bien ambas partes están facultadas para poner fin a la relación contractual, en la práctica el desistimiento por parte del concesionario no se produce, o cuanto menos, tiene un índice de litigiosidad muy escaso. Para el presente trabajo se han analizado más de tres centenares de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo durante los últimos años, además de otras resoluciones de nuestra jurisprudencia menor, especialmente la de Audiencias Provinciales significativas, como Madrid y Barcelona<sup>432</sup>. En los casos estudiados suele ser el concedente o proveedor quien ha resuelto el contrato mediante un desistimiento unilateral *ad nutum*. Existen pocas excepciones en las que el distribuidor haya resuelto el contrato de distribución. Entre ellas, destaca la STS, Sala 1ª, de 9 de julio de 2008, (RJ\2008\4369), relativa la extinción de un contrato de distribución entre la empresa de refrescos COCA COLA S.A. y la distribuidora Envasados del Sur, S.L., en la que el distribuidor tenía, a su vez, una relación contractual de subdistribución, de modo que se había subrogado en la posición del concedente para el subdistribuidor. De ahí el origen de la controversia.

Aunque *a priori* pueda resultar sencillo el tratamiento jurídico del desistimiento unilateral *ad nutum*, el número de variables que confluyen en cada uno de los casos dota de complejidad y, en ocasiones, de diversidad, a las soluciones jurisprudenciales que emanan del Tribunal Supremo. Con el fin de señalar líneas jurisprudenciales, a continuación, se expone la jurisprudencia agrupando las sentencias entorno a problemas uniformes que permitan prever cual sería el resultado de un litigio con antelación.

### **1. Si el desistimiento *ad nutum* está previsto en el contrato**

La primera vía jurisprudencial que va a ser objeto de análisis corresponde a la incorporación de las cláusulas *ad nutum* como mecanismo de autoprotección en el vínculo

---

<sup>431</sup> Es de la misma opinión, LÓPEZ EJARQUE, S., “Resolución de contratos de distribución. Estudio jurisprudencial”, *IURIS: Actualidad y práctica de Derecho*, nº 99, noviembre 2005, p. 29.

<sup>432</sup> No obstante, se han analizado también algunas resoluciones de Audiencias Provinciales recientes que no son únicamente de las AP de Madrid o Barcelona, u otros pronunciamientos no tan recientes resultantes de interés para nuestro objeto de estudio.

contractual *inter-partes*. Resulta habitual que las partes introduzcan cláusulas de terminación *ad nutum* en virtud del principio de autonomía de la voluntad del art. 1255CC. La fijación del desistimiento en los términos del contrato se integra en el programa de prestaciones mutuamente aceptado por las partes<sup>433</sup> y les resulta muy aconsejable, en la medida que los contratantes pueden anticiparse a las consecuencias que generará la extinción del contrato.

El contenido de estas cláusulas permite a las partes salir del contrato sin necesidad de alegar justa causa y, según sus intereses particulares y las exigencias de la buena fe –arts. 7 y 1258 CC y 57 CCom., respectivamente-, pueden acordar un plazo de preaviso que les resulte razonable. También pueden pactar una extinción del contrato que no establezca una obligación de indemnizar a su contraparte o reportarle ningún tipo de compensación. Este suele ser el interés de los proveedores o franquiciadores, que prefieren introducir la facultad de desistir del contrato mediante la incorporación de cláusulas de terminación sin coste<sup>434</sup>.

Este sería el caso, entre otros, expuesto en la STS, Sala 1ª, de 10 de septiembre de 2012, (RJ\2012\9011), referente a la extinción del contrato de suministro y distribución de servicios de telefonía -entre la proveedora entidad Retevisión Móvil S.A. y la distribuidora Grupo de Sistemas Móviles 1800, S.L.- cuyo pacto decimocuarto del contrato establecía lo siguiente: *“La extinción del contrato no dará lugar a la indemnización u otras compensación económicas del cualquier género y naturaleza para el DISTRIBUIDOR en tanto que las partes aceptan y convienen en tener por aplicadas a dicha extinción, teniendo en cuenta los propios riesgos derivados de la relación contractual y asumidos por el DISTRIBUIDOR con la firma del presente contrato, una cantidad equivalente al cincuenta por ciento percibido por cualquier tipo de contraprestación ingresada por el DISTRIBUIDOR para cubrir por adelantado cualquier indemnización al DISTRIBUIDOR en concepto de, a título enunciativo, negocios no*

---

<sup>433</sup> En este sentido, respecto al principio de autonomía de la voluntad en los contratos de distribución, vid., Fundamento de Derecho Cuarto de la SAP de Madrid, de 28 de septiembre de 2015, (JUR\2015\300519), relativa a la extinción de un contrato de distribución entre el distribuidor (DISTRIBUIDOR VALENCIANO DE EDICIONES, DISVESA, S.A.) y la proveedora SEMANA S.L.

<sup>434</sup> En opinión de PAZ-ARES, C.J., “La terminación de los contratos de distribución”, *RDM*, nº 223, 1997, p. 8.

*garantizados por AMENA, o clientela, o pérdida de ventas, comisiones o contra prestaciones, u cualquier otro gasto en que hubiere incurrido. Por tanto, dichos conceptos se entenderán satisfechos por anticipado a tenor de lo expresamente en el presente párrafo al estar implícitos en todas las contraprestaciones del DISTRIBUIDOR”.*

La jurisprudencia avala la introducción de las cláusulas de terminación *ad nutum*, como cláusulas sin coste para los contratos de distribución exclusiva de duración indefinida. Se justifica su posición en el contrato considerando el riesgo que corren mutuamente cada una de las partes.

A modo de ilustración, cabe traer de nuevo a colación la STS, Sala 1ª, de 9 de julio de 2008, (RJ\2008\4369), sobre la extinción de los contratos de distribución en exclusiva de los refrescos de la empresa COCA COLA, S.A. y su distribuidora, Envasados del Sur, S.L., cuyo contenido sigue la posición jurisprudencial de dos resoluciones del Tribunal Supremo que, – aunque menos recientes-, son Sentencias de Pleno de la Sala 1ª. Su importancia es remarcable porque se pronuncian sobre la extinción de los contratos de distribución como controversias contractuales atípicas. En la citada Sentencia se pone de manifiesto *“la necesidad de tener en cuenta las SSTS de Pleno de 15 de enero y de 26 de marzo de 2008, dado que la respuesta de esta Sala pasa por recordar la reciente Sentencia del Pleno de sus Magistrados, de 15 de enero de 2008, ya que por su propia composición sirve de guía para la jurisprudencia aplicable al contrato de distribución, carente de regulación en nuestro ordenamiento jurídico”*. Se advierte también que *“es frecuente en los contratos de distribución pactarlos por tiempo indefinido y excluir el resarcimiento de daños y perjuicios para el caso de extinción por denuncia unilateral”*.

Otros pronunciamientos posteriores relativos a la extinción de los contratos de distribución en los que se reconoce la facultad de establecer un pacto que permita a las partes desistir del contrato son las SSTS, Sala 1ª, de 13 de abril de 2010, (RJ\2010\3532) de 15 de marzo de 2011 (RJ\2011\3321).

En la primera, la STS, Sala 1ª, 13 de abril de 2010, (RJ\2010\3532) se declaró *“la validez del pacto de por el que se atribuye a cualquiera de los contratantes la facultad de extinguir unilateralmente la relación contractual del tipo y con la determinada duración de la que vinculaba a las sociedades litigantes, sin necesidad de un incumplimiento previo de las obligaciones convenidas y siempre que su ejercicio no resulte extralimitado a la luz del estándar de comportamiento que sanciona el artículo 7 del Código Civil, está admitida en la jurisprudencia<sup>435</sup>”*.

Del mismo modo, se ponen de manifiesto, en este pronunciamiento, algunas de las consecuencias que las partes han dispuesto en las cláusulas de terminación *ad nutum*, y que, considerando tal pacto pueden prever la negativa a recibir una compensación económica para el desistido. Así, *“en los casos de desistimiento unilateral en el contrato distribución se ha de estar a lo pactado, por lo que no ha lugar a indemnización alguna cuando así se haya previsto en el contrato”*.

### **1.1. El papel de las cláusulas abusivas en los pactos de terminación *ad nutum***

Entre los distintos supuestos de desistimiento que las partes han incorporado expresamente a las cláusulas de terminación de los contratos, resulta frecuente la posibilidad de finalizar las relaciones distributivas que no contemplen una compensación económica por concepto alguno. El Tribunal Supremo no sólo lo reconoce, sino que además considera que tal pacto es totalmente válido en virtud del principio de autonomía contractual. Ahora bien, ¿podría considerarse, en algún supuesto, que los pactos de terminación *ad nutum* son cláusulas abusivas?

---

<sup>435</sup> Vid. el Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, 13 de abril de 2010, (RJ\2010\), en el que se pone de manifiesto el reconocimiento jurisprudencial de la introducción de cláusulas de terminación *ad nutum* en el los contratos de distribución. Entre ellas, las SSTs, Sala 1ª, 18 de marzo de 2002 ( RJ\ 2002\2849) , 18 de marzo de 2004 ( RJ\2004\2147), 27 de noviembre de 2006 ( RJ\2007\272) , 20 de julio ( RJ 2007\5071) y 4 de diciembre de 2007 ( RJ\2007\8898) , 9 de julio y 23 de diciembre de 2008 ( RJ\2009\164) y 4 de marzo de 2009 ( RJ\2009\1626) . Todas estos pronunciamientos han sido traídas a colación a raíz del litigio derivado de la extinción de un contrato de distribución en la SAP de Barcelona, de 16 de diciembre de 2014, (JUR\2015\76529) entre la proveedora Neules Artesanes San Tirs, S.L. y la distribuidora Representaciones Alfonso Nora, S.L., en la que la concedente procedió a desistir del contrato. Vid. Fundamento de Derecho Cuarto de la citada Sentencia.

Considerando la asimetría en el poder de negociación entre las partes<sup>436</sup>, el distribuidor pueda llegar a subestimar los riesgos que conlleva la celebración de un contrato de distribución, en general y de una aceptación de una cláusula de terminación *ad nutum*, en particular. De este modo, pueden plantearse dos posibles escenarios:

- a) El primero, que es el pensamiento más extendido entre la doctrina, es que la cláusula *ad nutum* puede generar un impacto desigual entre las partes<sup>437</sup>. El proveedor recibe un beneficio mayor mientras que el distribuidor debe asumir mayores costes, convirtiéndose en la parte débil de la relación distributiva. A modo de ejemplo, destaca –en mi opinión- la STS, Sala 1ª, de 9 de julio de 2008 (RJ\2008\4369), relativa a la extinción de un contrato de distribución en el que la compañía COCA COLA S.A. impuso al distribuidor Envasados del Sur S.A. un plazo de preaviso poco razonable, cuya duración era de siete días, el cual, ejercitó.
  
- b) En segundo término, es asimismo posible que las cláusulas de terminación previstas en el contrato no supongan riesgo alguno para el distribuidor, en la medida que no han participado en la celebración del contrato en una situación de desigualdad negocial. Este es el supuesto expuesto en la STS, Sala 1ª, de 30 de mayo de 2016, (RJ\2016\2293), referente a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva entre la proveedora BRUGAL & Co. y el distribuidor Zabibe y Diego Zamora, S.A., en cuyo acuerdo se pactaron expresamente las causas de terminación del contrato, pero, pese al carácter indefinido de aquél, no se previó el desistimiento unilateral, ni el preaviso con que debiera efectuarse. Considerando el incremento de ventas de ron Brugal en España, donde no era una marca conocida, y que la cuota de mercado suponía el 82 % de las ventas totales de la Compañía, se desprende que, en opinión del Alto Tribunal, la distribuidora no se encontraba en una situación de subordinación económica. Se trata de dos empresas con gran potencial económico, por lo que el Tribunal Supremo estima que las cláusulas ni pudieron ser predispuestas por el concedente u omitidas en

---

<sup>436</sup> La asimetría de poder entre las partes puede desprenderse tanto de la falta de información del principal por parte del distribuidor como de un procesamiento equivocado de la misma, que le impida anticiparse a las posibles consecuencias en el momento de su extinción. En este sentido, PAZ-ARES, C.J., “La terminación de los contratos de distribución”, *RDM*, nº 223, 1997, p. 39.

<sup>437</sup> Así parece desprenderse de las palabras de Paz-Ares, que considera que las cláusulas *ad nutum* no siempre suponen un perjuicio para el distribuidor, y en el caso de serlo, el autor considera que el perjuicio queda compensado en el contrato. Para ampliar, PAZ-ARES, C.J., *Op. cit.*, 1997, p. 32.

contra de la voluntad del distribuidor. De hecho, el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia, cita textualmente:

*“Que el concedente avise al distribuidor que quiere revisar las condiciones pactadas y le advierta de que, de no llegarse a un acuerdo, puede otorgarle la distribución a un tercero con el que ha pactado mejores condiciones económicas, no puede considerarse intimidación. Al contrario, se trata únicamente de condiciones de negociación propias de una economía de libre mercado en donde rigen las reglas de la oferta y la demanda y la lícita búsqueda de una mayor rentabilidad por parte de las empresas que operan en el tráfico mercantil. No hubo coacción antijurídica, sino simplemente planteamiento de unas condiciones para la continuidad de la relación que el concedente no tenía obligación de mantener invariablemente sine die, y que el distribuidor, como empresario dedicado a dicho ámbito de negocio, podía evaluar en cuanto a su conveniencia o aceptación o rechazo. Lo contrario supondría consagrar una especie de vinculación contractual perpetua que no tiene amparo legal y que incluso pugna con los principios de libertad de empresa y libre competencia”.*

El conflicto surge cuando el contrato ha sido redactado por una sola de las partes imponiendo sus condiciones. En estos casos, las denominadas cláusulas abusivas derivadas de una relación de adhesión resultan asimismo inválidas a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 12 de junio de 1999, (RJ\1999\4292), relativo a la extinción de un contrato de concesión, promovido por la concedente «Peugeot España, SA» frente al concesionario «Automóviles Hidalgo, SA»<sup>438</sup>.

En este sentido, en la STS, Sala 1ª, de 12 de junio de 1999, (RJ\1999\4292) se pone de manifiesto la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo aplicable a los contratos de adhesión y respecto de las cláusulas abusivas. Este supuesto trata de un conflicto relativo a una cuestión competencial que resultó debida y resuelta por el Tribunal de Instancia en el Auto que decidió la dilatoria, pronunciándose a favor del Juzgado de Jaén, *“lo que resulta acorde con la doctrina de esta Sala aplicable a los contratos de adhesión y cláusulas abusivas, ya que se trata de clausulado redactado previamente por la parte prevalente en la relación, no debidamente negociada individualmente, pues nada se probó al respecto”*. En este litigio, el Alto Tribunal conoce de un supuesto de extinción unilateral del

---

<sup>438</sup> Vid. el Fundamento de Derecho Primero de la STS, Sala 1ª, de 12 de junio de 1999, (RJ\1999\4292).

contrato por la voluntad unilateral del concedente “Peugeot España, S.A.” de desistir del acuerdo, cuyo concesionario “Automóviles Hidalgo” no incumplió.

Sin embargo, un precedente jurisprudencial posterior recientemente referenciado, la STS de 9 de julio de 2008, (RJ\2008\4369) ha resuelto de manera opuesta cuando establece:

*“Teniendo en cuenta las circunstancias personales de las partes y sobre la base de entendimiento y confianza mutua, la rescisión decidida a voluntad de una de las partes no facultaba a la otra parte para exigir responsabilidad alguna por daños y perjuicios”.* Tampoco se considera abusivo el pacto convenido cuando descartaba a la parte desistida una indemnización por la simple terminación del contrato. De hecho, la citada STS, Sala 1ª, de 9 de julio de 2008, basándose en otros dos pronunciamientos anteriores especialmente importantes por su implicación en la concesión de vehículos, -las SSTS, Sala 1ª, de 18 de marzo y de 26 de abril de 2004-, pone de manifiesto la validez del contrato cuando afirma:

*“Según la jurisprudencia ahora conculcada, no se considera abusiva ni contraria a la moral, a las leyes, al orden público ni al artículo 1256 CC, las cláusulas de los contratos de distribución que permitan su extinción, por denuncia unilateral de cualquiera de las partes-si éstas cumplen el plazo de preaviso estipulado-y sin derecho a indemnización alguna para ninguna de ellas por el solo hecho de la extinción; habiéndose descartado además que una cláusula de este tipo exija al denunciante del contrato expresar en el preaviso la causa de la denuncia, pues de exigirse la expresión de la misma, la facultad de extinguir el contrato dejaría de ser tal, para pasar a convertirse en algo similar a la resolución por incumplimiento del contrato”.*

De este modo, se ha producido una significativa alteración en la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo por diversos motivos. De un lado, no aprecia el desequilibrio jurídico entre las partes apartándose del precedente jurisprudencial. De otro, niega al distribuidor la indemnización por daños y perjuicios argumentando la naturaleza jurídica del contrato de distribución *intuitu personae* o de confianza. Con todo, se genera confusión e

inseguridad jurídica dado que la asimetría empresarial entre proveedor y distribuidor es evidente, siendo el proveedor COCA COLA, S.A. y su distribuidor Envasados del Sur, SA.

En este sentido, la mencionada STS, Sala 1ª, de 9 de julio de 2008, (RJ\2008\4369) estimó oportuno que las partes hubieran convenido un plazo de preaviso de tan sólo siete días en base al entendimiento y confianza mutua. Sin embargo, no consideró relevante la asimetría entre las partes y las cláusulas de adhesión a las que hacía referencia la SAP de Sevilla al resolver el recurso de apelación número 3400/00.

La asimetría empresarial se traduce en el desequilibrio del riesgo que cada una de las partes asume en el contrato. De modo que, aunque las cláusulas no puedan considerarse abusivas, la parte que hace uso de ellas –principalmente el proveedor o concedente- no debe experimentar las pérdidas que supone el desistimiento para el distribuidor. De hecho, los daños sufridos por el distribuidor como consecuencia de la terminación del contrato son siempre mayores que los sufridos por los proveedores. De ahí que, para el distribuidor, aunque no puedan considerarse cláusulas abusivas –considerando los pronunciamientos jurisprudenciales mencionados- sí que resultan ser cláusulas de terminación con coste<sup>439</sup>.

Finalmente, esta posición jurisprudencial ha sido corroborada por Sentencias posteriores, como las SSTS de 10 de marzo de 2010 (RJ\2010\2337) y de 15 de marzo de 2011. De nuevo, el Alto Tribunal reitera que los casos de desistimiento unilateral en los contratos de distribución se deben estar a lo pactado, siendo lo suscrito por las partes es perfectamente admisible conforme a la doctrina jurisprudencial, sin que se aprecie por la jurisprudencia de la Sala 1ª motivo alguno que justifique la nulidad de esta.

---

<sup>439</sup> Por el contrario, para los concedentes o principales las cláusulas de terminación *ad nutum* son cláusulas de terminación sin coste, en la medida que no deben sufrir las pérdidas que debe asumir el distribuidor como parte desistida el contrato. Siguiendo a PAZ-ARES, C.J., “La terminación de los contratos de distribución”, *RDM*, nº 223, 1997, p.9.

Entre los razonamientos jurisprudenciales que justifican la validez de los pactos expresamente pactados en el contrato, destacan los siguientes:

- a) Entre los motivos alegados destaca, principalmente, el respeto al principio de autonomía de la voluntad. Así se pronuncia la STS, Sala 1ª, de 6 de noviembre de 2012, (RJ\2012\10424), que conoce un litigio relativo a la extinción de un contrato de concesión en exclusiva por decisión unilateral de la concedente –la entidad Linde Material Handling Ibérica, S.A.- con la concesionaria Talleres Besan, S.A. -encargada de la distribución en exclusiva de carretillas elevadoras y piezas de recambio-. En este pronunciamiento, la Sala 1ª consideró que la conducta de la concedente no era abusiva por ajustarse a lo expresamente contenido en el contrato. Tampoco era abusivo el contenido de la cláusula de terminación al no ser contraria a la ley, la moral y al orden público. Las partes habían pactado un plazo de preaviso razonable de seis meses, y *“que además de ser consustancial a las relaciones jurídicas por tiempo indefinido fundadas en la recíproca confianza, porque de otro modo se llegaría al extremo de identificar un vínculo indefinido con el vínculo perpetuo”*. La perpetuidad de las relaciones contractuales sí podría ser considerado un principio general del Derecho contrario al orden público, en la medida que es una limitación al principio de autonomía de la voluntad. De existir, se consideraría un pacto abusivo y la cláusula adolecería de nulidad.
  
- b) Por su parte, otras resoluciones han traído a colación el Auto de 29 de octubre de 2013, relativo a un contrato de concesión cuya interposición del recurso de casación denunciaba que el contrato era de adhesión, considerando que el demandante concesionario no tuvo la oportunidad de negociar el clausulado. En el acuerdo se excluía la indemnización en favor del concesionario mientras que no constaba ninguna que afectase de igual modo a la otra parte. Aunque la pretensión del concesionario era solicitar la nulidad de la cláusula que excluía la indemnización –relativa a la indemnización por clientela-, el Tribunal Supremo denegó la admisión del recurso de casación por no apreciar interés casacional, argumentando que la jurisprudencia aceptaba las cláusulas que excluían las indemnizaciones

por clientela en los contratos atípicos de concesión. Existe, por tanto, a día de hoy, una línea jurisprudencial que considera válida la cláusula de exclusión de la indemnización por clientela en los contratos de concesión, y así ha sido expresamente recogida en las resoluciones de nuestra jurisprudencia menor. Entre ellas, las SAP de Barcelona, de 13 de enero de 2014, (JUR\2014\52504)<sup>440</sup>o la SAP de 23 de abril de 2014, (JUR\2015\33130)<sup>441</sup>.

- c) A diferencia de los supuestos anteriores, en los que los tribunales conocen de litigios relativos a la extinción de los contratos de concesión, los contratos de agencia no pueden prever en su contenido una cláusula que excluya la indemnización en favor del agente comercial por contravenir las disposiciones normativas regulada en los arts. 28 y 29 LCA, cuyo carácter es imperativo. En este sentido, destaca, un supuesto de la Audiencia Provincial de Barcelona, SAP, de 12 de diciembre de 2012, (JUR\2013\149805), referente a la extinción de un contrato de agencia, cuya cláusula décimo- cuarta contempla la renuncia por parte del agente comercial –entidad Sistemas Celulares GSM, S.L.- a cualquier clase de *"indemnización u otras compensaciones económicas de cualquier género y naturaleza para el distribuidor"*, al tiempo que preserva a la entidad Orange el derecho a reclamar las indemnizaciones a que hubiera lugar. La Audiencia Provincial de Barcelona concluye declarando la nulidad de la cláusula decimo cuarta del contrato, tal y como se expone en el Fundamento de Derecho Noveno. Cito textualmente: *“Se trata, en definitiva, de una estipulación contraria a los artículos 28 y 29 de la Ley 12/1992, sobre contrato de agencia, que tiene carácter imperativo, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 3. Y, por ser contraria a normas*

---

<sup>440</sup> Vid. Fundamento de Derecho Décimo Primero de la SAP de Barcelona, de de 13 de enero de 2014, (JUR\2014\52504), relativa a la extinción de un contrato de distribución entre la mercantil Maquinaria de Obras Públicas S.A. (MOPSA) y la entidad Manitowoc Crane Group Portugal LDA.

<sup>441</sup> Vid. Fundamento de Derecho Sexto de la SAP de Barcelona, de 23 de abril de 2014, (JUR\2015\33130), relativo a la extinción de un contrato de distribución de duración determinada entre CMM, S.L. y la entidad Smith & Nephew, S.A. (en adelante S&N), que regulaba la comercialización de productos de ortopedia y trauma, en exclusiva para varias provincias de Galicia o para concretos centros hospitalarios de la Comunidad Autónoma.

*imperativas, debe declararse su nulidad ( artículo 8 de la LCGC ). Obviamente, la nulidad de la cláusula no presupone el derecho a la indemnización por clientela o por otros conceptos, circunstancias que deberá analizarse en el futuro pleito, sin que la cláusula decimocuarta, apartado sexto, sea un obstáculo para ello.*

- d) El último de los límites a la autonomía de la voluntad formulados por la jurisprudencia -los pactos que no sean contrarios a la ley, la moral y al orden público-, se refiere al contenido del art. 1256 CC. Los contratos no pueden dejarse al arbitrio de una de las partes. Ahora bien, ¿Qué paralelismo puede establecerse entre dicho artículo y la denuncia unilateral a voluntad? ¿O se trata de un desistimiento de una de las partes?

Por una parte, el Código Civil no recoge una figura semejante al desistimiento, tal y como está configurado en el Marco Común de Referencia o *Draft Common Framework Reference (DCFR)*, puesto que el desistimiento se circunscribe únicamente al ámbito de los contratos de consumidores y no de colaboración, como es el caso de los contratos de distribución<sup>442</sup>.

Por otra, el Código en su artículo 1256 establece la prohibición de la discrecionalidad unilateral, o lo que es lo mismo, que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes pero la jurisprudencia de la Sala 1ª, (concretamente, la STS, Sala 1ª, de 9 de julio de 2008, (RJ\2008\4369) viene a respetar tal planteamiento con restricciones: con necesidad de respetar el plazo de preaviso estipulado sin necesidad de justificar la causa de la denuncia renunciando a la compensación por clientela.

La jurisprudencia, por ende, resuelve la presente encrucijada tratando de equiparar el desistimiento propio de los contratos de consumidores al desistimiento unilateral de los contratos de colaboración marcado por las relaciones de confianza o *intuitu* propias de los contratos de distribución. Todo ello, siempre que esta facultad otorgada a cualquiera de las partes se ejercite de buena fe, sin ser abusiva, mediante preaviso y por escrito.

---

<sup>442</sup> Sobre el desistimiento, por todos, LLORENTE SANSEGUNDO, I., “La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores”, *Cuadernos de Derecho Transaccional*, 2013, Vol. 5, núm. 2.

Pero, ¿y si una de las partes desistía unilateralmente del contrato sin respetar el plazo de preaviso pactado? En este caso, no nos encontraríamos ante un claro supuesto de desistimiento sino de un incumplimiento *ante tempus* por la parte que decide desistir, que facultaría a su contraparte a resolver el contrato por incumplimiento solicitando una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados<sup>443</sup>.

## 1.2. Fijación del plazo de preaviso: su duración

La determinación del periodo de preaviso es un elemento esencial en los contratos de distribución de duración indefinida, puesto que en su contenido residen todas las obligaciones posteriores a la facultad extintiva del contrato. Como es sabido, la fijación del periodo de preaviso previo al desistimiento puede contemplarse en las cláusulas de terminación del contrato, ajustándose a las exigencias de la buena fe<sup>444</sup>, entendida en los términos establecidos en los arts. 7 y 1258CC.

Aunque de relevancia menor, también es frecuente la previsión de una cláusula de terminación anticipada en aquellos contratos de distribución y franquicia cuya duración sea determinada, y que son prorrogados tácitamente por periodos de un año. De este modo, la parte interesada en poner fin al contrato tiene la obligación de comunicárselo a su contraparte con un preaviso fehaciente.

En este sentido, es destacable, en primer lugar, la mencionada SAP de Madrid, de 9 de abril de 2018, (AC\2018\739), relativo a la extinción de un contrato de distribución exclusiva entre el distribuidor José Antonio D. Villaverde S.L. y la proveedora de cervezas MAHOU, cuyo pacto fue concebido como un acuerdo de duración determinada (en la cláusula 19,

---

<sup>443</sup> Sobre este extremo nos detendremos en el capítulo siguiente relativo a la resolución por incumplimiento como causa de extinción de los contratos de distribución en el epígrafe referente a los supuestos de incumplimiento de los contratos de distribución; particularmente, incumplimiento de la obligación de duración del contrato y vulneración el pacto de preaviso.

<sup>444</sup> Así lo expone ESTEBAN RAMOS, L.M., “Tres visiones sobre la extinción de los contratos de distribución en los textos proyectados” en VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A. Y RUÍZ PERIS, J.I., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Editorial LA LEY, Madrid, 2013, p. 485, y TAPIA SÁNCHEZ, M.R., “La extinción de los contratos de distribución y agencia como presupuesto de la indemnización por clientela”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J., VIERA GONZÁLEZ, A. J., (Dirs.), *Los contratos de distribución*, Editorial LA LEY, Madrid, 2010, p. 623.

desde el 10 de julio hasta el 31 de diciembre de 2010<sup>445</sup> con derecho a prórroga) en el que se admitía el desistimiento como causa de extinción siempre que cualquiera de las partes preavisara a su contraparte con un mes de antelación.

Otra resolución menos reciente es el supuesto expuesto en la SAP, de Madrid, de 14 de junio de 2012, (JUR\2012\261621), referente a la contrato de distribución en exclusiva de maquinaria agrícola entre la concedente Claas Ibérica, S.A. y la concesionaria Algein S.A., cuya estipulación 8ª disponía que cualquiera de las partes podía comunicar a su contraparte su decisión de dar por extinguido el contrato “*con una antelación mínima de tres meses a la fecha en que el contrato debía quedar resuelto*”.

En línea con lo anterior, el periodo de preaviso es, como regla general, el tiempo proporcionado de forma razonable por la parte que ejercita la facultad extintiva para con la parte desistida. Asimismo, es doctrina pacífica que tal razonabilidad se identifica con la prolongación del mismo durante el plazo suficiente para la reorganización de su actividad empresarial, y la adopción de medidas que eviten nuevas inversiones o disminuyan las consecuencias desventajosas de la terminación del contrato. De este modo, el desistimiento con plazo de preaviso tiende a equilibrar los intereses de ambas partes. Esto es, el interés de quien desea desligarse y, también, el del contratante que prefiere la continuación del contrato por haber realizado inversiones<sup>446</sup> que únicamente podrán ser amortizadas si el contrato se prolonga durante un tiempo. Con todo, resulta apropiado que el periodo de preaviso sea el mismo para ambas partes y que adolezcan de nulidad aquellas cláusulas de terminación *ad nutum* que prohíban la fijación de un plazo de preaviso.

---

<sup>445</sup> Vid. Fundamento de Derecho Cuarto de la citada resolución (AC\2018\739), los términos del contrato “*son claros y no dejan duda sobre la intención querida por los contratantes al fijar la duración contractual*”.

<sup>446</sup> En las redes de distribución, las inversiones son un elemento económico con una gran trascendencia jurídica. Como indica MARTÍ MIRAVALLS, J., “Redes de distribución: régimen jurídico de las inversiones” en RUIZ PERIS, J.I., (Dir.), *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp.191 y ss.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe un criterio unánime que determine que periodo de preaviso es el razonable en el ámbito de los contratos de distribución o franquicia<sup>447</sup>. La atipicidad de los contratos de distribución y franquicia permite que la duración del preaviso sea establecida por las partes, los usos o incluso, derivar de la aplicación analógica de una norma legal. No es así en los contratos de agencia, cuyo art. 25.2 LCA establece la duración del preaviso para esta modalidad contractual, que resulta de obligado cumplimiento por tratarse de un precepto de carácter imperativo (art. 3 LCA) y que puede servir de criterio orientativo para establecer la duración del preaviso por analogía para los contratos de distribución. El mencionado precepto (art. 25.2 LCA) dispone que *“el plazo de preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes”*.

A modo de ejemplo, cabe traer a colación la STS, Sala 1ª, de 19 de mayo de 2017, (RJ\2017\2228), relativa a la extinción de un contrato de distribución exclusiva de duración indefinida para la comercialización productos sanitarios entre la distribuidora, Maffinter Med S.L, y la entidad Gebrüder Martín GMBH CO.KG. en el que no se fijó un plazo de preaviso en el contrato (para el caso de un desistimiento unilateral). En este sentido, el Alto Tribunal se pronunció advirtiendo que el art. 25.2 LCA podría servir de referencia para la determinación de tal periodo, aunque su contenido, como tal, no sea directamente aplicable por analogía pero que, considerando la larga duración del contrato de distribución (20 años) la concedente debía haber preavisado a su contraparte con una antelación mínima de 6 meses (art. 25.2 LCA) y no comunicarlo con un mínimo de 2 meses<sup>448</sup>. Máxime, cuando la jurisprudencia ha considerado el preaviso

---

<sup>447</sup> Así lo expone, GARCÍA HERRERA, A., *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 614.

<sup>448</sup> En este sentido, vid. Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, de 19 de mayo de 2017 (RJ\2017\2228), que establece: *“En atención a la larga duración del contrato de distribución resuelto unilateralmente por la comitente, veinte años, el preaviso debería haber sido de al menos seis meses, por analogía con lo regulado en el art. 25 LCA, que aunque no resulte directamente de aplicación, sirve de referencia para determinar prudencialmente la antelación del preaviso en un supuesto como el presente. Los perjuicios derivados del incumplimiento de este preaviso no quedan reducidos únicamente al daño emergente, como serían las inversiones realizadas por motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al lucro cesante, al amparo de lo previsto en el art. 1106 CC, tal y como es interpretado por la jurisprudencia”*.

una exigencia de la buena fe con que deben ejercitarse los propios derechos y de la lealtad que debe imperar en las relaciones mercantiles<sup>449</sup>.

Por su parte, las propuestas de regulación de los contratos de distribución en nuestro ordenamiento jurídico se han pronunciado sobre la duración del periodo de preaviso, coincidiendo prácticamente en su totalidad –art. 23 PLDC (2011), 543-20 PCM (2013), art. 5104-2 elaborado por la APDC (2016), y art. 545-19 2º PALCM (2018) y, a escala europea, el art. IV.E.-2:302 DCFR- con los términos expuestos en el art. 25.2 LCA. Es decir, un mes por cada año de vigencia de contrato. En estos textos el plazo previsto opera como mínimo legal y con carácter supletorio. La razón es que las partes podrían convenir una duración superior pero no inferior a lo dispuesto en sus disposiciones.

Ahora bien, estas propuestas presentan algunas diferencias que pueden afectar a la determinación de la duración del periodo de preaviso. Entre ellas, destacan, el respeto de preaviso razonable pero indeterminado para amortizar las inversiones realizadas por el distribuidor que apuntan tanto el DCRF como la PCM (2013)<sup>450</sup> o la PALCM (2018). De otro, resulta una opción más clarificadora el PLCD (2011) al fijar un preaviso concreto de un año como mínimo cuando opere la compra en exclusiva de productos a un sólo proveedor o de seis meses para el supuesto de vender semiexclusivamente la mercancía del proveedor –como indica el PLCD (2011)<sup>451</sup>, o incluso, la dotación de significado del principio de razonabilidad al que hace referencia el DCFR<sup>452</sup>, cuando afecta -además de la mencionada amortización de las inversiones realizadas- a la duración de la relación contractual, al tiempo para encontrar una solución razonable o a los usos, imponiendo

---

<sup>449</sup> En la misma línea se han pronunciado las SSTs, Sala 1ª, de 22 de junio de 2010 (RJ\2010\5408), y 30 de abril de 2010 (RJ\2010\4360), relativas a la extinción de contratos de distribución comercial en exclusiva respectivamente.

<sup>450</sup> El art. 543-22 PCM (2013) establece que “no obstante lo establecido en el artículo anterior, los contratos de distribución por tiempo indeterminado no podrán ser denunciados antes de que haya transcurrido un plazo razonable de amortización de las inversiones específicas realizadas para la ejecución del contrato salvo que, quien denuncia el contrato, ofrezca el pago de la amortización pendiente de realizar”.

<sup>451</sup> El art. 23.3. PLCD (2011) “Salvo pacto en contrario, en los casos en que un comprador o grupo de compradores coordinado sea adquirente habitual de más de la mitad de la producción de un proveedor productor en origen, la denuncia o abandono del suministro por el comprador deberá anunciarse con un preaviso mínimo de seis meses. Cuando un productor o proveedor en origen venda la totalidad de su producción a un único comprador o grupo coordinado de compradores y la producción requiera una planificación de la campaña con antelación superior a un año el plazo de preaviso será anual”.

<sup>452</sup> En este sentido, el art.IV. E.-2:302.3 DCFR establece: “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”

como límite máximo de preaviso un periodo de treinta y seis meses. Aunque el contenido de estos textos *soft law* pueden servir de orientación para las partes contratantes a la hora de fijar la duración del preaviso, las propuestas presentan algunos inconvenientes.

-De un lado, no se contempla una solución unánime que dote de seguridad jurídica a las partes para la fijación del plazo de preaviso.

-De otro, el principio de razonabilidad que contemplan muchos de los textos no es suficiente, en la medida que no se acaba de concretar que debe entenderse por un periodo de preaviso realizado con antelación razonable<sup>453</sup>. Con todo, los textos no tienen carácter imperativo y no han entrado en vigor, por lo que no pueden invocarse al no formar parte de nuestro ordenamiento jurídico; si bien pueden servir de orientación a las partes para disponer las cláusulas de su contrato en virtud del principio de libertad contractual.

Igualmente, considerando la atipicidad de los contratos de distribución, resulta relevante el estudio de dos variables, que son: la integración del distribuidor en la red del principal y el nivel de inversiones realizadas. Cuanto mayor sea la integración del distribuidor y las inversiones realizadas, más difícil le resultará ajustarse a la nueva situación. Por lo que parece necesaria tanto la prolongación temporal de la relación contractual para su

---

<sup>453</sup> La redacción del art. 5104-2 -relativo a la extinción del contrato por tiempo indefinido- de la propuesta de regulación de los contratos de distribución, elaborada por la APDC (2016) no aporta soluciones pacíficas en lo que respecta a la duración del plazo de preaviso. La APDC no determina cual debería de ser el preaviso razonable para ejercitar la facultad del desistimiento. Es más, los apartados 2º y 3º pueden generar confusión en el significado del principio de razonabilidad, puesto que se condiciona la duración del preaviso a las relaciones de dependencia económica de las partes. La asimetría económica de las partes condiciona su poder de negociación y afecta también a un elemento decisivo para la extinción de los contratos de distribución como es el preaviso. Con todo, parece poco conveniente que la doctrina introduzca nuevos elementos en la determinación de un elemento conflictivo sin pronunciarse previamente sobre el verdadero significado de los supuestos de dependencia económica de las partes. Lo que, en mi opinión, genera mayor inseguridad jurídica para las partes. Especialmente, si decide incluir en el mismo apartado, -art. 5104-2 3º- las disposiciones contempladas en el art. 25.2 LCA.

En este sentido, el art. 5104-2 (1º, 2º y 3º) establece: “1. *El contrato por tiempo indefinido se extingue por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso formulado por escrito y con una antelación razonable.* 2. *Las partes pueden establecer libremente los plazos de preaviso que entiendan razonables, siempre que sean iguales para ambas partes y que tengan en cuenta la posición de dependencia económica en que una de las partes del contrato se pueda encontrar respecto de la otra.* 3. *Cuando las partes no se encuentren en una posición de dependencia económica el plazo de preaviso es, en defecto de otro plazo razonable pactado, de un mes por cada año de vigencia del contrato con un máximo de seis meses. Si el contrato ha estado en vigor por un período inferior a un año el plazo de preaviso es de un mes*”.

adaptación<sup>454</sup> como la dotación de un plazo mayor para el ejercicio del preaviso. Este es el criterio que han seguido las disposiciones europeas respecto a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos a motor. De este modo, los Reglamentos europeos imponen a las partes de los contratos de concesión, cuyo sector es de vital importancia para la economía española, un periodo de preaviso mínimo de dos años para la terminación ordinaria del acuerdo<sup>455</sup>.

- a) En este ámbito, destaca la STS, Sala 1ª, de 22 de mayo de 2009, relativo a la extinción de un contrato de concesión mercantil, que reconoce expresamente un pacto de desistimiento entre sus cláusulas de terminación *ad nutum*. La concedente (BMW Ibérica, SA) extinguió unilateralmente el contrato en virtud de la cláusula contractual (11.2 y 3) que establecía un preaviso de dos años, el cual se respetó. No existe ni mala fe ni abuso de Derecho. Tampoco se incumplió el Reglamento 1475/95, de la Comisión Europea, de 28 de junio, relativo al sector de vehículos y automóviles, que además de excluir dicha calificación el carácter bilateral de la cláusula y la duración del periodo de preaviso se integra en un contrato tipo para todos los concesionarios de BMW, negociado entre la Marca y la Asociación de Concesionarios de BMW.
- b) Otro supuesto semejante es el que conoce la SAP de Madrid, de 24 de julio de 2014, (JUR\2014\286862), relativo a la extinción de un contrato de concesión mercantil entre la entidad concesionaria (Fidauto, S.L.) y la concedente (Fiat Group Automóviles Spain, S.A.) en el que, conforme a su contenido (estipulaciones 51.1 y 51.2), se reconoce que cualquiera de las partes puede desistir del contrato comunicándolo a su contraparte con una antelación mínima de 24 meses. Ahora bien, el contrato establecía también una cláusula penal como compensación económica al concesionario cuando el concedente solicitara el desistimiento unilateral con un periodo de preaviso inferior al pactado, pero con una antelación

---

<sup>454</sup> VAQUERO PINTO, M.J., “Duración del contrato. Extinción del contrato por tiempo determinado y por tiempo indefinido: el preaviso”, en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 518.

<sup>455</sup> Estas exigencias de duración del periodo de preaviso venían reguladas en el art. 5.2.2. del Reglamentos 145/1995 y en el art. 3.5.b del Reglamento (CE) nº 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, respectivamente.

minima de doce meses. Cito textualmente, *“Fiat podrá resolver este contrato en cualquier momento comunicándole por escrito al Concesionario con una antelación minima de doce meses, siempre que Fiat pague al concesionario ...una compensación económica cuyo importe sera calculado conforme a lo indicado en el anexo K del presente contrato (“compensación por resolución”)”*.

La jurisprudencia también considera el preaviso una exigencia de buena fe, propia de las relaciones contractuales mercantiles, especialmente si se trata de un supuesto de distribución en exclusiva que ha operado durante un largo tiempo.

En este caso, destaca la STS, Sala 1ª, de 8 de octubre de 2013, (RJ\2013\8002), relativa a la extinción de distribución en exclusiva en el que la proveedora Sera GmbH decidió poner fin al contrato después de veinte años de relación contractual mediante una carta que no establecía periodo de preaviso alguno. Aunque el pronunciamiento reconoce al proveedor la facultad de desistir de la relación obligatoria, en atención a los legítimos intereses comerciales del proveedor, también estima que la extinción del contrato fue sorpresiva o inopinada. En el Fundamento de Derecho 9 de la Sentencia se pone de manifiesto que *“la falta de preaviso que permitiera a la distribuidora reorientar su actividad, sí supone una infracción a los reseñados deberes de lealtad y buena fe en el desarrollo de una relación contractual como la presente”*.

La vulneración del periodo de preaviso convenida por las partes para ejercitar la facultad del desistimiento del contrato no afecta a la extinción del acuerdo. La parte desistida deberá respetar la decisión unilateral de su contraparte de poner fin al contrato. Ahora bien, la interrupción del contrato antes del plazo óptimo puede impedir la amortización de las inversiones específicas y se considera un incumplimiento contractual. Si se produce el incumplimiento de lo establecido en relación con el preaviso, dicha conducta dará

derecho a la parte desistida a solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados por dicha omisión<sup>456</sup>.

## 2. ¿Y si las partes tratan de desvirtuar las cláusulas de terminación *ad nutum*?

En segundo término, no es infrecuente que una de las partes trate de desvirtuar alguna de las cláusulas de terminación que incluya la facultad extintiva *ad nutum*. Esto es, que dicha partes se autodefina como perjudicada y fundamente la decisión extintiva de un contrato fomentando un incumplimiento contractual dudoso de su contraparte.

El supuesto descrito consiste en enmascarar la facultad de desistir del contrato mediante una resolución por incumplimiento del distribuidor, no sólo porque se excluye automáticamente cualquier indemnización posible en favor del distribuidor, sino que también, le puede reportar ventajas<sup>457</sup> que le repercutan en una posible compensación en su favor.

Además, en la práctica jurisprudencial se exigía anteriormente que la finalización se fundara en una conducta incumplidora de la parte contraria. De este modo, la parte que se proclamaba perjudicada trataba de disfrazar de incumplimiento contractual la decisión unilateral de desistimiento *ad nutum* del proveedor o concedente para evitar los efectos derivados de las indemnizaciones por daños y perjuicios y la compensación por clientela.

Otra opción diferente de lo descrito se produce en la SAP de Asturias, de 9 de marzo de 2018 (AC\2018\695), relativa a la extinción de un contrato de distribución exclusiva entre el proveedor (Bodegas Borsao) y el distribuidor cuya causa de terminación alegada es el desistimiento. No obstante, en el Fundamento de Derecho Tercero de tal pronunciamiento, el tribunal se plantea si se ha producido o no la existencia de un desistimiento imputable a la parte demandada (proveedor)<sup>458</sup> acreditándose finalmente

---

<sup>456</sup> Me ocupo de este caso en el estudio de los Supuestos de incumplimiento (apartado V epígrafe 2.5 que lleva por título, “Incumplimiento de duración del contrato y vulneración del preaviso”, en el capítulo 2 de la II Parte de este trabajo.

<sup>457</sup> En este sentido, VÁZQUEZ ALBERT, D., “La terminación de los contratos de distribución”, en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial, Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.165.

<sup>458</sup> Como se expone en el Fundamento de Derecho Tercero de la citada resolución “el *presupuesto es necesario para la procedencia de los dos conceptos indemnizatorios objeto de reclamación. Esto es, tanto de la postulada por clientela, en cuanto el art. 30 b. LCA, la excluye cuando es el agente quien denuncia el contrato, sin causa en un incumplimiento previo imputable al empresario, y lógicamente esa denuncia o desistimiento unilateral excluye cualquier tipo de indemnización por falta de preaviso*”..

que la terminación de las relaciones comerciales existente entre las partes se ha debido a una resolución unilateral injustificada imputable a la demandada (Bodegas Borsao). Y ello se debe a que la proveedora generó un incumplimiento de forma injustificada negándose a servir los pedidos que le había hecho la distribuidora. Tal negativa provocó que la actora (también distribuidora), ante la ausencia de respuesta a sus reclamaciones, diera por finalizada la relación contractual 22 días después en base al citado incumplimiento, debido a la situación de desabastecimiento del vino de la demandada que, a su vez, era el ofertado como de la casa, unido al hecho de que paralelamente fue advertida por sus clientes, que los vinos de la proveedora les estaban siendo ofrecidos por una tercera distribuidora, a la que hubieron de adquirirlos en lo sucesivo. Por todo lo expuesto, se considera que tal actitud supuso, por tanto, un desistimiento injustificado, *“contrario a la buena fe por parte de la demandada, en cuanto al ser sorpresiva e inopinada, sin preaviso previo, no dejó margen de reacción y adaptación de la distribuidora a la nueva situación”*.

Ahora bien, no deben confundirse ambas modalidades jurisprudenciales que tratan de ocultar la voluntad de una parte de desistir del contrato, -justificando su decisión en el incumplimiento de su contraparte-, con alteración de la causa de pedir que puede afectar a un distribuidor.

En este sentido, destaca la STS, Sala 1ª, de 25 de febrero de 2015, (RJ\2015\823), relativa a la extinción de un contrato de distribución de especialidades farmacéuticas de uso veterinario, cuya relación distributiva finalizó a petición del distribuidor, (Farmasegre Lleida, S.L.), alegando justa causa. En concreto, argumentó la falta de suministro, la modificación unilateral de los precios y el incumplimiento del pacto de exclusiva por parte de la proveedora multinacional Schering Plough. Tanto el Tribunal de Instancia como la Audiencia Provincial de Barcelona y el Tribunal Supremo estimaron la extinción del contrato pero justificaron su terminación *“no por el incumplimiento de la demandada, sino por voluntad unilateral de la actora (la distribuidora Farmasegre Lleida, S.L.)”*. El Alto Tribunal declaró que existía una alteración en la causa de pedir al no poder estimar la resolución de la relación contractual por causa de incumplimiento puesto que no quedaron demostrados los incumplimientos contractuales atribuidos al proveedor, y estimó que respondía la extinción respondía a un

concepto distinto. Esto es, a la facultad de desistimiento recogida en una cláusula de terminación *ad nutum* que podía ejercitar cualquiera de las partes<sup>459</sup>. Finalmente, el distribuidor perdió el derecho a la indemnización por daños y perjuicios y a la compensación por clientela.

### **3. Si el Desistimiento no está previsto en el contrato, ¿es posible aplicar la terminación *ad nutum* mediante cláusulas implícitas?**

En la tercera vía jurisprudencial, objeto de estudio en el presente capítulo relativo al desistimiento, se estudian muchos de los casos planteados en la práctica cuando las partes no han previsto una cláusula de terminación *ad nutum*. En este sentido, destaca –como precedente y referente jurisprudencial- la STS, Sala 1ª, de 12 de mayo de 1997, (RJ\1997\4121), relativa a la extinción de un contrato de arrendamiento de servicios, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo expone la admisibilidad del desistimiento incluso aunque no hubiera sido acordado por las partes:

*“La falta de señalamiento de un plazo concreto de duración del contrato, permite, de acuerdo con una doctrina jurisprudencial aplicable a toda clase de contratos de duración indefinida, la resolución unilateral del contrato, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias cuando la resolución del vínculo se hubiere producido en forma abusiva que produzca de manera necesaria daños y perjuicios a la otra parte, o si implica un aprovechamiento del trabajo ajeno, que ha de ser compensado para que no pueda existir calificación del enriquecimiento injusto”.*

En lo relativo a la extinción de contratos de distribución, la jurisprudencia admite, como regla general en las STS, Sala 1ª, de 18 de julio de 2012 (RJ\2012\8363), la facultad de desvincularse de los contratos de distribución de duración indefinida cuando no haya sido expresamente previsto, con el deber de lealtad que debe imperar en las relaciones mercantiles del art. 57 CCom, siempre que no resulte abusivo y sea de buena fe<sup>460</sup>. Ahora

---

<sup>459</sup> Vid. Fundamento de Derecho Sexto de la STS, Sala 1ª, de 25 de febrero de 2015, (RJ\2015\823).

<sup>460</sup> Es reiterada la jurisprudencia sobre los contratos de distribución exclusiva de duración indefinida que admite la el desistimiento unilateral con la obligación de preavisar con un tiempo razonable a la otra parte para la terminación del contrato. De lo contrario, el ejercicio de esta facultad sería abusivo o contrario a la

bien, ¿en qué consiste el ejercicio de la facultad extintiva del contrato conforme al principio de la buena fe, entendido en virtud de lo establecido en el art. 1258CC?

Los tribunales estiman que el ejercicio del desistimiento debe realizarse conforme a la doctrina de la buena fe, entendida en sentido objetivo–en los términos dispuestos en los arts. 7 y 1258CC-, que consiste según la SAP de Madrid, de 28 de septiembre de 2015, (JUR\2015\300519) relativa a la extinción de un contrato de distribución entre la proveedora SEMANA S.L. y la mercantil Distribuidora VALENCIANA de EDICIONES, S.A. en:

*“el deber de observar un comportamiento honesto y leal, ajustado a los cánones éticos imperantes que integra las relaciones contractuales y se requiere en el ejercicio de los derechos”.*

Además, la jurisprudencia se pronuncia sobre las conductas que suponen la infracción del principio de la buena fe en la STS, Sala 1ª, de 19 de julio de 2016, (RJ\2016\3210)-, relativo a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva. En la citada Sentencia se afirma que la infracción de la buena fe contractual –entendida en los términos del art. 1258 del Código Civil- no sólo queda circunscrita a un comportamiento estrictamente doloso (*actio doli*), sino que también resulta comprensiva de todas aquellas conductas que aún sin contar con el refererido (*animus nocendi*) o intención de perjudicar, vulneren los deberes de conducta diligente, no abusiva y razonable que cabe exigir a las partes en relación a la determinación y ejecución de sus respectivas obligaciones. En definitiva, actuar conforme a la doctrina de la buena fe puede interpretarse como un deber implícito que acompañan a todo ejercicio de una facultad o derecho<sup>461</sup>.

En definitiva, la jurisprudencia relativa a los contratos de duración indefinida estima que es contrario a la buena fe la falta de preaviso que permita a la distribuidora reorientar su actividad comercial una relación comercial, sin que concurra ninguna circunstancia que

---

buena fe. En este sentido, vid. la exposición realizada al respecto en el Fundamento de Derecho Séptimo de la SAP, de Madrid, de 29 de abril de 2013 (AC\2013\1448), referente a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva entre la proveedora Schweppes, S.A. y la distribuidora Distrior, S.L.

<sup>461</sup> Vid. Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, de 19 de julio de 2016, (RJ\2016\3210).

justifique su omisión<sup>462</sup>. La jurisprudencia, en cambio, considera que es incongruente desligarse del contrato antes de su finalización cuando las partes están obligadas durante un tiempo determinado, salvo que exista una causa que lo justifique, en virtud del principio *pacta sunt servanda*.

### 3.1. La doctrina de buena fe como principio integrador: ¿existe el deber implícito de respetar el preaviso?

En defecto de una cláusula de terminación *ad nutum*, nada impide que cualquiera de las partes pueda poner fin al contrato de forma unilateral. Sin embargo, no por ello se puede desistir del contrato sin observar ningún plazo, máxime cuando las relaciones contractuales de duración indefinida precisan de una comunicación anticipada de la finalización del contrato por la otra parte<sup>463</sup>. Esta es la conducta implícita adoptada en los negocios considerando el deber de actuar conforme al principio de buena fe<sup>464</sup>.

Para los contratos de duración indefinida es discutible cuándo el desistimiento unilateral no es abusivo, y como es sabido, sí es exigible un plazo de preaviso. La cuestión planteable es si, en defecto de pacto, puede exigirse un plazo de preaviso. Considerando los deberes de colaboración del principal para con su distribuidor, parece que la facultad extintiva no puede realizarse de manera inmediata y sin establecer un periodo de preaviso<sup>465</sup>. Así lo estima la STS, Sala 1ª, de 21 de noviembre de 2005, (RJ\2005\7677), relativo a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva entre la mercantil

---

<sup>462</sup> En este sentido, vid. Fundamento de Derecho Cuarto de la SAP de Madrid, de 12 de septiembre de 2014, (JUR\2014\291784), relativa a la extinción de un contrato de distribución de duración indefinida para la distribución de productos de ganadería –rumiantes y porcino- entre la distribuidora Ogalco, S.L.U y la proveedora Schering Plough, S.A. La proveedora desistió de manera sorpresiva y sin preaviso alguno, lo que generó en favor de la parte desistida una indemnización por la falta de preaviso.

<sup>463</sup> En esta línea se pronuncia en el Fundamento de Derecho Cuarto la STS, Sala 1ª, de 21 de noviembre de 2005, (RJ\2005\7677), cuando dispone: “*La resolución sin respetar un plazo de preaviso es un ejercicio abusivo, en tanto impide al concesionario tomar las medidas oportunas para la liquidación de la relación jurídica que se extingue. En tal caso, la indemnización debida por el concedente en modo alguno puede abarcar el propio daño de resolución, pues el concesionario debió prever la precariedad de su situación jurídica por la indefinición del plazo de duración. El daño por falta de preaviso es el indemnizable, que es completamente distinto del daño de resolución* (Tal y como establece también la STS, Sala 1ª, de 16 de diciembre de 2003 (RJ\2003\8665).

<sup>464</sup> Del mismo modo opina, LLORENTE SAN SEGUNDO, I., “Pactos de desistimiento y resolución en contratos de distribución”, en HERRERO GARCÍA, M.J., (Dir.), *Contratos de distribución comercial-Garantías personales*, Ratio Legis, Salamanca, 2010, p. 131.

<sup>465</sup> Es de la misma opinión, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Aspectos generales del contrato de distribución y de distribución en exclusiva”, *Contrato de agencia, distribución y franquicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, Madrid, 2006, p. 152.

Carratalá, S.L., y la Sociedad cooperativa Egurko Ortza, en el que se pone de manifiesto lo siguiente:

*“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. 1258 del Código Civil)”.*

Esta posición es igualmente aplicable para los contratos de franquicia, tanto en el supuesto de que el preaviso estuviera previsto en el contrato como en ausencia de pacto. La terminación sorpresiva supone una conducta abusiva para el franquiciador respecto a su franquiciado, que necesita el periodo de preaviso para que la terminación del contrato sea lo menos gravosa posible. Por lo que, considerando la atipicidad del contrato de franquicia y la doctrina de la buena fe que preside el art. 1258 del Código, el franquiciador tiene el deber de preavisar a su contraparte, aunque no esté estipulado en las obligaciones del contrato.

Con todo, no se aprecia un consenso absoluto en la jurisprudencia acerca de si toda decisión extintiva debe ir acompañada de un plazo de preaviso que genere efectos patrimoniales para los contratos de distribución de duración indefinida. La STS de 28 de enero de 2002 apuntaba -a diferencia de la STS de 5 de febrero de 2004- que, para establecer el criterio de la razonabilidad en ausencia de pacto, podía aplicarse la LCA, que determina un periodo preaviso en función de los años de duración del contrato. En esta línea, la STS, Sala 1ª, de 15 de marzo de 2011, (RJ\2011\3321)<sup>466</sup> sostiene que es innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida. Ahora, si no se obsta a la extinción del vínculo, la facultad resolutoria sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, sí que debe dar lugar una indemnización cuando cause daños y perjuicios. Es más, la jurisprudencia también ha sostenido que de no se respetarse el plazo de preaviso, se debía indemnizar al distribuidor por el concepto de lucro cesante<sup>467</sup>.

---

<sup>466</sup> Vid. las SSTs, Sala 1ª, de 15 de marzo de 2011, que a su vez, reitera la STS de 15 de diciembre de 2005.

<sup>467</sup> Vid. la STS, Sala 1ª, de 8 de octubre de 2013 (RJ\2013\326877) que analiza la solicitada pretensión indemnizatoria por lucro cesante. Según esta resolución, la Sala Primera del Tribunal Supremo -siguiendo las SSTs de 5 de mayo de 2009 y de 12 de noviembre de 2012- entiende que el artículo 1106 del Código Civil señala como concepto indemnizatorio el de “la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”,

Finalmente, cabe plantearse la duración razonable del periodo de preaviso aplicable a la parte desistida del contrato de distribución y franquicia, aún en el caso de no haber previsto en el acuerdo una cláusula de *terminación ad nutum*.

### 3.2. La determinación del preaviso si el desistimiento no está previsto en el contrato

La duración del preaviso puede variar en función de lo establecido por las partes, y en su defecto, de los usos del comercio, del art. 302 CCom si se trata de un contrato mercantil<sup>468</sup> y del principio de la buena fe, cuya concesión debe ser adecuada a la naturaleza del contrato<sup>469</sup>.

Asimismo, la ausencia de la regulación de los contratos de distribución ha provocado que tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan contribuido a la resolución de los problemas que surgen en la extinción de estos contratos considerando, no sólo las cláusulas de terminación *ad nutum* previstas en su clausulado, sino también, y en su defecto, apoyándose en el contenido de otros textos legales susceptibles de aplicación analógica, como es el caso de la Ley del Contrato de Agencia.

---

cuya fijación en cuanto se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto. En el presente caso, la relación contractual inter partes se había prolongado durante veinte años y el distribuidor solicita como lucro cesante el beneficio que dejó de obtener durante los seis meses de duración del contrato que hubiera tenido que haberse respetado el plazo de preaviso. Esta argumentación solicitada en la demanda se basa en los criterios de razonabilidad expuestos en el plazo de preaviso de la LCA, esto es, mes por año de contrato hasta un máximo de seis meses. Con todo, este motivo se estima en Casación puesto que se reducía el posible daño indemnizable derivado de la falta de preaviso a las inversiones no amortizadas y excluía de su consideración al lucro cesante.

<sup>468</sup> Aunque en determinados supuestos se ha admitido la aplicación analógica del art. 302 CCom, que establece el plazo de un mes, la doctrina reconoce que no es un plazo de preaviso razonable para los contratos de distribución duraderos. En este sentido, VÁZQUEZ ALBERT, D., “La terminación de los contratos de distribución”, en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial, Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.167.

<sup>469</sup> Así lo entiende CALAVIA MOLINERO, J.M., “El contrato de distribución exclusiva”, en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial, Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 83

Así, la STS, Sala 1ª, de 5 de febrero de 2004, (RJ\2004\639)<sup>470</sup> aprecia aplicación indebida del artículo 25 LCA<sup>471</sup> respecto de la terminación unilateral de dichos contratos y vulneración por aplicación indebida de los artículos 1107 y 1108 CC. El Tribunal Supremo expone que solo cuando la concesión sea agencia regirá la Ley 12/1992, de 27 de mayo, tanto en la rescisión como en la indemnización. A falta de norma especial, cuando la concesión sea distribución, rige el Código Civil en sus artículos 1101 y 1107 y siguientes<sup>472</sup>. Con todo, en la citada Sentencia puede leerse que: *“Cuando no se ha estipulado un plazo concreto de duración del contrato de distribución en exclusiva está autorizada la resolución por voluntad unilateral en cualquier momento, sin que esta nunca pueda tener la calificación de abusiva, como ha declarado la jurisprudencia; y son inaplicables los artículos 1101 y 1107 del Código Civil, en tanto que la resolución del contrato es legítima y acorde a derecho sin que se deriven consecuencias económicas contra la demandada, que precisamente, ejercita la resolución”*.

Aunque el Alto Tribunal ha rechazado la aplicación analógica de forma automática o mimética de la Ley del contrato de agencia para un contrato de distribución (entre otras, en las SSTS, Sala 1ª, de 19 de julio de 2016 (RJ\2016\3210)<sup>473</sup> y/o 8 de octubre de 2013, RJ\2013\8002), en la STS, Sala 1ª, de 21 de noviembre de 2005 (RJ\2005\7677) se reconoce que el art. 25 LCA sí tiene un alcance orientativo o referencial para la fijación del periodo de preaviso, tal y como se ha pronunciado cuando dispone que y, cito textualmente:

---

<sup>470</sup> La STS, Sala 1ª, de 5 de febrero de 2004 (RJ\2004\639) matiza las diferencias entre el contrato de concesión o de distribución en exclusiva y el contrato de agencia. El origen del pleito viene marcado por una denuncia unilateral *ad nutum* a voluntad del proveedor. Esta sentencia resulta representativa porque estima el recurso de casación y elabora un precedente jurisprudencial que sentará las bases de las diferencias jurídicas entre el contrato de distribución y de agencia en la resolución *ad nutum*.

<sup>471</sup> El artículo 25 LCA establece el plazo de preaviso para la extinción del contrato de agencia, cuyo apartado 2º estima que debe respetarse un mes por año de vigencia de contrato con un máximo de seis meses. Así lo recogió también la STS, Sala 1ª, de 21 de noviembre de 2005, y éste ha sido el criterio seguido por el legislador en la propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución (artículo 22), reproduciendo en su integridad en el contenido de la LCA.

<sup>472</sup> Vid. también la STS, Sala 1ª, de 16 de noviembre de 2000 (RJ\2000\9339).

<sup>473</sup> Así lo expone el Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, de 19 de julio de 2016 (RJ\2016\3210).

*“...la concreción del plazo dependerá de las circunstancias concurrentes. Un criterio que puede ser aplicable es el que contiene el artículo 25 de la LCA, en tanto que en él se contempla el mismo problema que se trata de resolver, sin que exista imposibilidad de acudir a esta vía de integración vía la naturaleza distinta del contrato de agencia y de distribución en exclusiva. Tanto el agente como el distribuidor en exclusiva son colaboradores del empresario (STS, de 28 de enero de 2002 (RJ\2002\2305))”.*

No obstante, en la línea de lo expuesto en el Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, e 19 de julio de 2016, (RJ\2016\3210), con relación al periodo razonable del preaviso debe señalarse que tampoco procede una aplicación automática del art. 25 LCA. De hecho, su alcance es orientativo o referencial, al igual que sucede con el artículo 16.3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD). En este sentido, el pronunciamiento espone que, dada la naturaleza del contrato de distribución y de acuerdo con su naturaleza, con la duración indefinida, su carácter de exclusiva y su prolongada ejecución, el Tribunal Supremo considera razonable y ajustado el establecimiento de un año. Tal preaviso debió ser aplicado por parte del empresario o concedente GP Acoustics GmbH<sup>474</sup> como periodo de preaviso en vez de notificarlo únicamente con dos meses de antelación. Con todo, el pronunciamiento declara que, aunque insuficiente (plazo de dos meses) ese tiempo debe descontarse de la anualidad planteada y que, tal y como advierte el Alto Tribunal, tal *“extremo que no ha sido contemplado por la sentencia recurrida, y debe ser rectificado...”*.

En lo que respecta al contrato de franquicia, cabe también la aplicación analógica de los artículos 25 y 26 LCA, pero variará en función de los casos y deberán adaptarse sus plazos a las peculiaridades del contrato<sup>475</sup>.

---

<sup>474</sup> Vid. el Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, de 19 de julio de 2016 (RJ\2016\3210).

<sup>475</sup> Es posición doctrinal unánime la aplicación analógica de la LCA para determinados supuestos de extinción de los contratos de franquicia, si bien, el periodo de preaviso deberá ajustarse a las características particulares de esta modalidad contractual. En opinión de GIMÉNEZ GARCÍA, I., “El contrato de franquicia. Cuestiones Generales”, *Contrato de agencia, distribución y franquicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, Madrid, 2006, p. 263.





## Capítulo 2. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

**SUMARIO:** I. Introducción a la resolución por incumplimiento. II. Concepto de incumplimiento. 1. Concepto legal. 2. Concepto jurisprudencial. 3. Concepto doctrinal. 4. Reflexiones globales acerca de la resolución por incumplimiento. III. Fundamentos de la resolución por incumplimiento. IV. Requisitos de la resolución por incumplimiento. 1. Que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas. 2. Que el deudor haya incurrido en un incumplimiento grave y reiterado. 3. Que la parte perjudicada o acreedora haya cumplido con la obligación requerida V. Supuestos de incumplimiento en los contratos de distribución 1. Previsión del pacto resolutorio en el contrato. 1.1. Cláusulas expresas. a) Limitaciones de las cláusulas expresas. b) La introducción de cláusulas penales en los pactos resolutorios. 1.2. Cláusulas implícitas. 1.3. Cláusulas resolutorias expresas e implícitas en el Derecho comparado. 2. Modalidades de supuestos de la resolución por incumplimiento en los contratos de distribución. 2.1. Incumplimiento de la entrega de mercancías. 2.2. Incumplimiento por impago de productos. 2.3. Incumplimiento de las obligaciones relativas a los objetivos comerciales. a) Incumplimiento de las obligaciones de venta mínima b) Incumplimiento de las obligaciones de compra mínima. 2.4. Incumplimiento del pacto de exclusiva. 2.5. Incumplimiento de la obligación de duración del contrato y vulneración del preaviso. 2.6. Incumplimiento del contrato por deterioro de imagen de marca. 2.7. Otros posibles supuestos de incumplimiento

### I. Introducción a la resolución por incumplimiento

En el nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en otros sistemas jurídicos continentales, como el Derecho francés o Derecho italiano, la resolución por incumplimiento es una causa de extinción de los contratos<sup>476</sup>. El remedio resolutorio como consecuencia del incumplimiento contractual es aplicable a todos los contratos y fue importado por la doctrina y la jurisprudencia española del Derecho francés durante el siglo XIX.

El origen del sinalagma<sup>477</sup> -como base del remedio resolutorio- se apoya en dos elementos<sup>478</sup>: el genético, que implica que el nacimiento de la obligación de cada parte

---

<sup>476</sup>Por todos, CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 1104. En lo que respecta a los contratos de colaboración, LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Monografías Civitas, 1ª Ed., Madrid, 1998, p. 228.

<sup>477</sup> El artículo 1184 del *Code Civil* napoleónico de 1804 se refería únicamente al cumplimiento e incumplimiento de contratos sinalagmáticos, cuyo remedio resolutorio se aplica como condición implícita “para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe”. CLEMENTE MEORO, M. E., Estudio doctrinal, “La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho del Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, núm. 2131, Mayo de 2011, ISSN: 1979-4767 p. 4. (<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite>) (consultado el 30.03.2015).

El art. 1184 del *Code Civil* fue modificado por la *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, publicado en el *Journal Officiel de la République Française*, *JORF n° 0035 du 11 février 2016 (texte n° 26)*.

<sup>478</sup>Para profundizar, RODRIGUEZ-CASADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 11-12 y 73.

depende del recíproco nacimiento de la otra, y el funcional, donde la ejecución de una prestación depende de su recíproco cumplimiento<sup>479</sup>. En este sentido, la resolución por incumplimiento es una causa sobrevenida de la extinción de los contratos de distribución<sup>480</sup> tanto en nuestro ordenamiento jurídico como otros Derechos continentales que, como el Derecho francés, genera la terminación del contrato por falta de cumplimiento de las prestaciones cuando concurren las causas comunes de extinción previstas en la normativa general sobre obligaciones y contratos<sup>481</sup>. Por su parte, en los

---

<sup>479</sup> A modo ilustrativo, respecto de la obligatoriedad recíproca de las partes en los contratos distribución y su posible extinción, destaca también la jurisprudencia relativa a la extinción de los contratos de distribución, que hace mención del sentido de las obligaciones recíprocas asumidas por las partes. Vid. la STS, Sala 1ª, de 11 de marzo de 2011 (RJ\2011\3320), que establece: “*En definitiva, en las obligaciones recíprocas, como recuerda la sentencia de 22 de abril de 2.004, el nexo causal o interdependencia de las prestaciones principales de las partes de nacimiento de la relación - sinalagma genético -, sino también en el dinámico y posterior de su desenvolvimiento - sinalagma funcional -, en el cual la reciprocidad se proyecta, entre otros aspectos, sobre la exigibilidad de las prestaciones, de modo que, por virtud de la recíproca condicionalidad, ninguno de los contratantes está facultado para compeler al otro a que cumpla su prestación antes que él lo haga con la correlativa, tanto más si se hubiera pactado que el cumplimiento de ésta debía ser anterior*”.

<sup>480</sup> Otros autores consideran que la resolución por incumplimiento del contrato es consecuencia de una de las causas de extinción anticipada. Además del incumplimiento reiterado del contrato, CALAVIA MOLINERO advierte que son causas de extinción anticipada del contrato: la pérdida por parte de la sociedad distribuidora de su capacidad económica, técnica y humana para ejecutar el contrato, el cambio significativo en el accionariado, la disolución o liquidación, y por último, el incumplimiento grave de suministro de los productos objeto de regulación en el contrato. Para profundizar, CALAVIA MOLINERO, J.M., “El contrato de distribución exclusiva”, en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.), *Los Contratos de Distribución Comercial: Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 69-83.

<sup>481</sup> En el Derecho francés, hasta octubre de 2016 se regulaba la resolución por incumplimiento en el art. 1184 *Code Civil*. Con la modificación del *Code Civil*, llevada a cabo por la *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016* publicada en el *Journal Officiel de la République Française, n° 0035 du 11 février 2016 (texte n° 26)*, el art. 1184 del *Code Civil* se regula en el art. 1217 y 1224 del *Code Civil* en vigor. En la actualidad, con la entrada en vigor de la *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, el art. 1217 *Code Civil* amplía las posibles actuaciones de la parte perjudicada por el incumplimiento. En particular, la parte que ha sufrido el incumplimiento podrá exigir la ejecución de la prestación pactada, resolver el contrato por incumplimiento, -como establecía el art. 1184 *Code Civil*- además de solicitar la reducción o rebaja del precio acordado y solicitar una compensación por las consecuencias de la falta de ejecución. En este sentido, la redacción del art. 1217 *Code Civil* establece:

“*La partie envers laquelle l’engagement n’a pas été exécuté, ou l’a été imparfaitement, peut:*  
-refuser d’exécuter ou suspendre l’exécution de sa propre obligation,  
-poursuivre l’exécution de sa propre obligation,  
-solliciter une réduction du Prix,  
-provoquer la résolution du contrat,  
-demander réparation des conséquences de l’inexécution”.

A diferencia del Derecho español, donde la resolución por incumplimiento es una facultad otorgada para la parte perjudicada según el artículo 1124 CC, el Derecho francés (art. 1184 del *Code Civil*) reproducía el art. 1165 del *Codice Civile* italiano, refiriéndose a la resolución por incumplimiento como “*condición resolutoria implícita*”. El art. 1184.2 del *Code Civil* establecía: « *La partie envers laquelle l’engagement n’a point été exécuté, a le choix ou de forcer l’autre à l’exécution de la convention lorsqu’elle est possible, ou d’en demander la résolution avec dommages et intérêts* ». En este sentido, vid., CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 40, y en *La resolución de los contratos por incumplimiento (Estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del Derecho inglés y español)*, Tirant Monografías, Valencia, 1992, p.30.

sistemas jurídicos que forman parte del *Common Law*, la resolución por incumplimiento de las obligaciones expresa o implícitamente pactadas es también una de las causas de extinción de los contratos de distribución<sup>482</sup>, hasta el punto de que algunos autores de la doctrina distinguen únicamente entre dos categorías posibles para la terminación de los contratos de distribución<sup>483</sup>: la resolución por incumplimiento y el resto de las causas de finalización de los contratos.

Dicho lo anterior, no es cuestión debatida que la resolución por incumplimiento constituye, junto con el desistimiento unilateral ya expuesto en el capítulo anterior, una de las causas de extinción de los contratos de distribución más significativas. Esta afirmación se ha visto asimismo reafirmada en tiempos de pandemia hasta el punto de llegar a plantear en el presente trabajo si las partes pueden invocar el COVID-19 como causa de exoneración de responsabilidad en caso de incumplimiento. Y, de ser así, en qué supuestos puede evitarse la terminación de las relaciones distributivas; sobre la base de qué conceptos jurídicos y condiciones; además, este análisis podría extenderse también a aquellas situaciones en las que el cumplimiento resulte aún posible, pero debido a las circunstancias haya devenido sustancialmente más difícil y oneroso<sup>484</sup>; cuestiones cuyo alcance serán, asimismo, abordadas en uno de los capítulos siguientes del presente trabajo.

---

<sup>482</sup> Emerson enumera las causas de extinción de los contratos de distribución entre las que cita: el desistimiento unilateral *ad nutum*, conspiraciones entre el franquiciado o distribuidor y el resto de miembros de la red, la existencia de vicios por parte del franquiciador o proveedor en el contrato, la de no actuar conforme al principio de la buena fe y especialmente, destaca la resolución por incumplimiento de una cláusula expresamente prevista o implícita en el contrato de distribución. EMERSON, R.W., en “Franchise terminations: Legal rights and practical effects when franchises claim the franchisor discriminates”, *American Business Law Journal*, Summer 1998, pp. 560 y ss.

<sup>483</sup> Otros autores de la literatura anglosajona tan sólo consideran que existen dos tipos de causas de extinción contractual: el remedio resolutorio y el resto de causas. En este sentido, GELLHORN distingue únicamente entre dos categorías posibles para la extinción de los términos cancelación (*cancellation*) o terminación (*termination*). La diferencia entre ambas reside en los efectos; la primera, implica la resolución del contrato por el incumplimiento de una de las partes mientras que la segunda conlleva la extinción del contrato por causa diferente al remedio resolutorio. En este sentido, GELLHORN, E., “Limitations on Contract Termination Rights: Franchise Cancellations”, *Duke Law Journal*, vol. 1967, n.3, Jun 1967, p. 470. Véase también, CARTER, J.W., *Carter’s Breach of contract*, Hart Publishing, 1<sup>st</sup> Ed., Oxford, 2012, p.140.

<sup>484</sup> DIEZ SOTO, C.M., Traducción en español de la “Nota del Secretariado de Unidroit & Sobre los principios de *Unidroit* relativos a los contratos comerciales Internacionales y la crisis sanitaria del Covid-19”, de 15 de julio de 2020, p. 4 <https://www.unidroit.org/spanish/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-s.pdf> (consultado el 16.7.2021).

## II. Concepto de incumplimiento

Las prestaciones acordadas implican que el contrato –como fuente de las obligaciones según el art. 1091 CC- es ley para las partes<sup>485</sup> y, por tanto, que distribuidor y proveedor deben limitarse a cumplir con lo establecido en el contrato si concurren las condiciones necesarias para su validez<sup>486</sup>. Resulta en este punto conveniente determinar qué se entiende por incumplimiento de los términos previstos en el contrato.

### 1. Concepto legal

Aunque el Código Civil español no recoge una definición de incumplimiento, las propuestas españolas de modernización del Derecho de contratos lo han incorporado en sus textos. En particular, tanto la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos elaborada en 2009 –en adelante, PMCC<sup>487</sup>- como la Propuesta de Código Civil –en adelante, PCC- promovida en 2016 por la Asociación de Profesores de Derecho Civil –en adelante, APDC<sup>488</sup>- proyectan disposiciones generales sobre el concepto de incumplimiento. La redacción de los textos es muy semejante, por lo que cabe afirmar que ambas propuestas consideran que hay incumplimiento cuando: “*el deudor no realiza exactamente la prestación o cualquier otros de los deberes que resulten de la relación obligatoria*”<sup>489</sup>. Con todo, tal incumplimiento supondría la resolución del contrato y, en consecuencia, la causa de terminación del pacto distributivo si, tal y como

---

<sup>485</sup> El art. 1091 del Código Civil dispone: “*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*”.

<sup>486</sup> En este sentido, el art. 1278 CC -relativo a la eficacia de los contratos- refuerza el artículo 1091CC afirmando: “*los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*”.

<sup>487</sup> Para profundizar, véase el art. 1188.1 de la PMCC, fruto de los trabajos de la Sección Primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación española, desde noviembre de 1994 a mayo de 2008, para la elaboración de la Propuesta de anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. En este sentido, Clemente Meoro apunta que la PMCC ha asumido el concepto de incumplimiento esencial que se encuentra en la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CV) en los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT y en los Principios Europeos del Derecho de Contratos (PECL). Vid., CLEMENTE MEORO, M.E., *Op. cit.*, 2011, p. 4. (<http://www.mjusticia.gob.es/Satellite>). (Consultado el 30.03.2015).

<sup>488</sup> La APDC establece el concepto general de incumplimiento en el art. 518-1 de la Propuesta de Código Civil, dentro de la Sección 1º “Disposiciones generales” del Capítulo VIII titulado “Del incumplimiento de la obligación” (Título I). Para profundizar, APDC, *Propuesta de Código Civil-Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 125. También, se puede consultar online en el link siguiente: (consultado el 18.10.2016)

<http://www.derechocivil.net/esp/pdf/Propuesta%20Libros%20may%202016.pdf>

<sup>489</sup> Vid. art. 518-1 de la Propuesta de Código Civil, dentro de la Sección 1º “Disposiciones generales” del Capítulo VIII titulado “Del incumplimiento de la obligación” (Título I). Para ampliar,

<http://www.derechocivil.net/esp/pdf/Propuesta%20Libros%20may%202016.pdf>

ha destacado la STS, Sala 1ª, de 4 de junio de 2020 (RJ\2020\1580), atendiendo a lo establecido en el art. 1199 PMCC: *“cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial”*<sup>490</sup>.

## 2. Concepto jurisprudencial

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, define el incumplimiento como *“la falta de identidad cualitativa, cuantitativa de lo ejecutado con lo debido”*<sup>491</sup>.

En este sentido, la STS, Sala 1ª, de 3 de diciembre de 2008 (RJ\2009\670), cuyo litigio nació de un contrato de distribución exclusiva en su día perfeccionado entre el fabricante y proveedor (Ford España, SA) y la concesionaria de la zona (Talleres y reparaciones San Cristóbal, SA) estima que, *“no todo incumplimiento es suficiente para resolver una relación contractual. Para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial. Sin embargo, no cabe negar esa condición a un incumplimiento que tenga por la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la «lex privata» por la que quieren regular su relación jurídica y dotarla de contenido”*.

En la misma línea se ha pronunciado el Alto Tribunal en la STS, Sala 1ª, de 4 de junio de 2020 (RJ\2020\1580) relativo a la terminación de un contrato de franquicia motivado por un incumplimiento resolutorio por ambas partes, franquiciador y franquiciado, en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto, se expone que *“para que pueda ejercitarse con éxito la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado decididamente*

---

<sup>490</sup> Para profundizar, Fundamento de Derecho Cuarto de la STS, Sala 1ª, de 4 de junio de 2020, (RJ\2020\1580), relativo a la extinción de un contrato de franquicia por incumplimiento resolutorio de ambas partes. En tal Fundamento se trae a colación el contenido de incumplimiento expuesto en la STS, Sala 1ª, de 30 de julio de 2012 (RJ\2012\9006), referente a la terminación de un contrato de franquicia.

<sup>491</sup> Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2008 (RJ\2009\670), en su Fundamento de Derecho Segundo (FD 2º), relativa a la extinción de un contrato de distribución. Este concepto de incumplimiento fue igualmente utilizado por el Alto Tribunal en la Sentencia de 4 de enero de 2.007 (RJ\2007\1101), con cita de las STSS de 25 de febrero de 1978 (RJ\1978\570), 7 de marzo de 1983 (RJ\1983\1426) y 22 de marzo de 1985 (RJ\1985\1196).

por exigir la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, prescindiendo de la "voluntad deliberadamente rebelde", exigida en etapas anteriores -la STS, Sala 1ª, de 5 abril de 2006 (RJ\2006\1921), y que sistematiza la evolución desde cierto subjetivismo hacia un criterio objetivo-. Tal afirmación conlleva que "el concepto de incumplimiento se ajusta a los criterios de incumplimiento contenidos en la CV" (Convención Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980).

### 3. Concepto doctrinal

La doctrina española no contempla un único concepto de incumplimiento contractual en sus múltiples trabajos realizados<sup>492</sup>, máxime considerando las diferentes perspectivas desde las que ha sido abordado este término por la literatura como se expone a continuación:

- a) Algunos autores consideran que el término incumplimiento es puramente negativo y objetivo, describiéndolo como la conducta en la que el deudor deja de cumplir el deber contractual, ya sea por la no realización de la prestación debida. O bien, por su realización de un modo diferente al requerido<sup>493</sup>. El resultado de ambas conductas se traduce en la insatisfacción del interés contractual del acreedor; sea proveedor o distribuidor y en las que, salvo excepciones<sup>494</sup>, poco importa si concurre una causa de justificación. Esto es, la culpa, el dolo o el caso fortuito por parte del deudor.
- b) Otros otorgan a la noción de incumplimiento un contenido más amplio o específico, afirmando que se trata de supuestos en los que se produce una "falta

---

<sup>492</sup> Con todo, la literatura es coincidente en la afirmación que para el incumplimiento de una obligación, se requiere que ésta sea válida y existente, que subsista, que esté vencida y sea exigible. Por todos, DE PABLO CONTRERAS, P., "Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual", en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (Coord.), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. y PARRA LUCÁN, M.Á., *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de obligaciones*, 3º Ed. Colex, 2011, p. 182.

<sup>493</sup> Siguiendo a CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p.863.

<sup>494</sup> Cuando el incumplimiento de una parte frente a su contraparte sea la consecuencia de una alteración sobrevenida de circunstancias por motivos no previsibles, se planteará la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, sobre la que se profundizará en el capítulo 4 de la II Parte de este Trabajo de investigación. Especialmente, se ha puesto de manifiesto esta posibilidad desde la paralización progresiva y a intervalos de la producción empresarial como consecuencia de la pandemia del COVID-19.

de ejecución por una de las partes de las obligaciones contractuales que le incumben en una obligación principal”, e incluyen también el incumplimiento de sus deberes accesorios<sup>495</sup>. Se trata de un concepto global de incumplimiento que se produce tanto si incumple definitivamente como si ha cumplido con retraso, o realiza la prestación de forma defectuosa o no conforme<sup>496</sup>.

- c) Finalmente, hay quienes afirman que la noción de incumplimiento es la resultante de la combinación de dos elementos conceptualmente diversos. De un lado, la materialidad del incumplimiento o falta de cooperación del contratante, y, de otro, la imputación del tal incumplimiento a una de las partes contractuales<sup>497</sup>. No obstante, como acertadamente puntualiza Gómez Pomar, no se identifica la imputación del incumplimiento como sinónimo de reproche o atribución subjetiva de la responsabilidad sino como ausencia del resultado pactado en la relación contractual. En definitiva, “*lo decisivo para determinar si hay o no incumplimiento en sentido material es el contrato*”<sup>498</sup>.

#### 4. Reflexiones globales acerca del concepto de incumplimiento

Es cuestión debatida determinar si se precisa la imputabilidad del incumplimiento del deudor para proceder a la resolución del contrato. O bien, si la culpa de este no implica ningún tipo de consecuencia en el devenir de las relaciones contractuales. Lo que se plantea aquí es si el incumplimiento es responsabilidad del deudor o si presenta algunos

---

<sup>495</sup> En este sentido, PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, Thompson Reuters, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p.15.

<sup>496</sup> Este concepto de incumplimiento recoge la definición ofrecida por el art. 7.1.1 de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo, conocidos como *Principios UNIDROIT* y el art. 1:301 Principios de Derecho Contractual Europeo (en adelante, PECL).

<sup>497</sup> El concepto de incumplimiento, según Gómez Pomar, tiene una doble dimensión en la medida que debe concurrir un criterio de conducta que permita atribuir las consecuencias del incumplimiento a aquella de las partes a quien corresponde realizar la previsión contractual incumplida. Sin embargo, cada vez más la doctrina y, poco a poco, la jurisprudencia han ido abandonando acertadamente la visión subjetiva del incumplimiento centrándose únicamente en el resultado objetivo que se debía de esperar de la otra parte, una vez celebrado el contrato. Esta posición nos resulta extensible a cualquiera de las partes, con independencia de que se trate de un incumplimiento del proveedor o distribuidor. Como indica GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento contractual en Derecho español”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, UPF, Barcelona, Julio de 2007, pp. 6 y ss.

<sup>498</sup> En este sentido, destaca la influencia de la economía en la teoría del contrato en Derecho español apoyándose en la visión funcionalista que el contrato ha supuesto sobre la teoría microeconómica de los últimos veinte años. En este sentido el autor analiza la relación existente entre la compensación económica y la terminación de los contratos de distribución desde una perspectiva comunitaria. Vid., GÓMEZ POMAR, F., “Compensation after Termination of Long-term Distribution contracts: An Economic Perspective of EU Law”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, UPF, Barcelona, octubre 2006.

rasgos de objetivación, entre los que se encuentran los supuestos no previsibles como el caso fortuito, la fuerza mayor; o bien, se trate de casos exonerados de responsabilidad<sup>499</sup>. Esta última tendencia ha sido defendida por la doctrina y la jurisprudencia, que han elaborado un concepto neutro y objetivo de incumplimiento. Para abordar esta cuestión se extraerán las ideas principales de las Convenciones Internacionales ratificadas por España, de las Propuestas de Modernización del Derecho Europeo de Contratos, de las propuestas españolas y finalmente, de las aportaciones jurisprudenciales realizadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

La Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías<sup>500</sup> (CV), al igual que los *Principios Unidroit*<sup>501</sup> y otros modelos del denominado *soft law* en materia de obligaciones y contratos como los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL)<sup>502</sup> y el Marco Común de Referencia (DCFR)<sup>503</sup>, han introducido una noción de *incumplimiento neutral*. Esta terminología implica que estos textos proponen un concepto objetivo de incumplimiento que no prescribe la imputación del deudor como requisito indispensable para proceder a la resolución del contrato.

---

<sup>499</sup> Así lo expone, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, Edisofer S.L., 14ª edición, Madrid, 2011, p. 173.

<sup>500</sup> Es conveniente precisar que, como se ha advertido en el II capítulo de la Primera parte de este trabajo, a diferencia de los textos *soft law* que proponen la armonización del Derecho europeo de contratos, la CV fue ratificada por España en 1990 y entró en vigor en agosto de 1991, por lo que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, vid. arts. 25 y 79.1-79.5 CV.

<sup>501</sup> Vid. art. 7.1.1. de los *Principios Unidroit*, que dispone: “*El incumplimiento es la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el incumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.*” Como se ha advertido anteriormente, la noción de incumplimiento ofrecida por los *Principios Unidroit* ha sido acogida por la doctrina para ofrecer un concepto global de incumplimiento.

<sup>502</sup> El art. 1:301: (4) PECL define la noción de incumplimiento. La redacción del citado precepto sería la siguiente: “(4) *El término «incumplimiento» denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como a la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos*” Para acceder a la versión original en inglés, LANDO, BEALE, Eds., *Principles of European Contract Law, Kluwer Law International*, La Haya, 2000, pp. 1-93.

La versión Española ha sido obtenida de una traducción revisada por el Profesor Dr. Fernando Martínez Sanz, representante español en la Comisión de Derecho europeo de los contratos. (consultada el 26.10.2016) <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>

<sup>503</sup> Vid. art. III.-1:102 (3) DFCR establece: “*Non performance of an obligation is any failure to perform an obligation, whether or not excluded, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation*”. O lo que es lo mismo, en castellano, que el incumplimiento de una obligación se traduce en el cumplimiento fallido de la obligación (misma), esté o no justificado, incluyendo el cumplimiento tardío u otro tipo de cumplimiento que no se ajusta a los terminus pactados en la obligación del contrato.

Entre nosotros, destacan la PMCC -elaborada en 2009- y la PCC (Libros V y VI)<sup>504</sup> elaborada por la APDC de 2016, que han introducido la definición de incumplimiento prescindiendo de la idea de culpa, de forma que la parte perjudicada por el incumplimiento tiene derecho a resolver el contrato desligándose del acuerdo suscrito siempre que se trate de un incumplimiento esencial<sup>505</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha reconocido el concepto objetivista del incumplimiento experimentando un cambio sustancial de posición<sup>506</sup>. Anteriormente, las resoluciones jurisprudenciales exigían una voluntad rebelde por parte del deudor en el incumplimiento de las obligaciones acordadas en el contrato para poder proceder a su resolución. En la actualidad, la visión objetivista del incumplimiento constituye la línea mayoritaria en el Alto Tribunal<sup>507</sup>, que requiere únicamente de “*un dato objetivo de la falta de cumplimiento injustificada, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato*”<sup>508</sup>. Así las cosas, la jurisprudencia ha aceptado también el incumplimiento objetivo incorporando la doctrina de riesgos que asimismo da respuesta al incumplimiento sobrevenido o no culpable.

Por último, resulta interesante traer a colación el concepto de *incumplimiento eficiente*<sup>509</sup> que se desprende del análisis económico del Derecho. Esta noción resulta muy apropiada para los contratos de colaboración, como es el caso de los contratos de distribución, considerando implícito el deber de cooperación entre las partes. De este modo, el

---

<sup>504</sup>En lo que respecta a las disposiciones generales del incumplimiento, la APDC ha tomado como referencia el texto de la PMCC. De hecho, la APDC ha declarado que la Propuesta de Código Civil (Libros V y VI) es una *reelaboración* de la PMCC de 2009, cuyo trabajo ha tomado como referencia principal.

<sup>505</sup> Vid. La Exposición de motivos de la PMCC, Apartado VIII (consultado el 03.09.2015) [www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338914438?blobheader.pdf](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338914438?blobheader.pdf)

<sup>506</sup> Aunque, en opinión de Albaladejo, los tribunales no han variado su posición jurisprudencial. De hecho, han venido cumpliendo el espíritu del art. 1124 CC a pesar de dar la impresión contraria. Según el autor, los tribunales siempre han admitido la resolución, sea por incumplimiento rebelde como por incumplimiento no imputable al deudor. Si ante este último supuesto no se ha decretado la resolución, ha sido porque se ha admitido el cumplimiento posterior que establece el art. 1124.3 CC. Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, Edisofer Libros jurídicos, Decimocuarta edición, Madrid, 2011, p. 112.

<sup>507</sup> Como señala PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, Thompson Reuters, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p.121.

<sup>508</sup> Vid. STSS de 31 de mayo de 2007 (RJ\2007\4336) relativa a un contrato de permuta, de 20 de septiembre de 2006 (RJ\2006\8401) y de 3 de marzo de 2005, (RJ\2005\4731) relativas a un contrato de compraventa.

<sup>509</sup> Para profundizar, GÓMEZ POMAR, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Monografías, Civitas, Madrid, 2002, pp. 32-37.

incumplimiento eficiente permitirá a los contratantes diseñar las herramientas jurídicas que consideren convenientes frente al incumplimiento, de tal forma que cuando los términos del contrato no estén completamente determinados, las partes puedan evitar un derroche de recursos económicos mediante la incorporación de una cláusula de terminación en el contrato que, en la medida de lo posible, se ocupe del contenido de tales detalles<sup>510</sup>.

### III. Fundamentos de la resolución por incumplimiento

La noción de resolución por incumplimiento que tiene cabida en el artículo 1124 del CC es muy amplia. Se incluyen todos los supuestos de prestación no cumplida o que no reúne los requisitos para constituir pago liberatorio y en los que, en abstracto, sería viable la pretensión de cumplimiento forzoso<sup>511</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1124 del Código Civil constituye uno de los remedios legales de tutela del acreedor, frente al incumplimiento de la otra parte en los contratos con obligaciones recíprocas<sup>512</sup>. De hecho, este precepto contempla el incumplimiento de la obligación como hecho determinante de la resolución. La resolución por incumplimiento es el resultado del ejercicio de una facultad del acreedor que, sea proveedor o distribuidor, decidirá lo que mejor conviene a su interés. Esto es, bien imponer el cumplimiento forzoso, o bien, decretar la resolución, de forma que cada una de las partes quede desligado de sus obligaciones.

En los contratos de distribución, a diferencia de otros contratos típicos como el contrato de agencia<sup>513</sup>, la resolución por incumplimiento se rige por el artículo 1124 CC<sup>514</sup> siempre

---

<sup>510</sup> Siguiendo a GÓMEZ POMAR, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Monografías, Civitas, Madrid, 2002, p. 32.

<sup>511</sup> Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Art. 1124”, *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8217 y ss.

<sup>512</sup> Siguiendo a GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Op. cit.*, Valencia, 2013, pp. 8213.

<sup>513</sup> En este sentido, las partes se rigen por el artículo 26.1.a) de la LCA, que establece que “*cualquiera de las partes podrá instar la resolución contractual sin necesidad de preaviso cuando la otra parte hubiere incumplido, total o parcialmente, las obligaciones legal o contractualmente establecidas*”.

<sup>514</sup> El artículo 1124 CC establece: “*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no*

que las partes no hayan establecido el incumplimiento como condición resolutoria<sup>515</sup>. Dicho precepto se aplica en las relaciones distributivas, en la medida que generan obligaciones recíprocas<sup>516</sup> e interdependientes. La obligación de una parte es causa de la otra<sup>517</sup>, y, en las relaciones distributivas, ambas partes son coetáneamente acreedoras y deudoras<sup>518</sup>.

Independientemente de la aplicación del art. 1124 CC, parece probable que las partes de las relaciones distributivas, considerando la atipicidad de esta modalidad contractual, hayan previsto un pacto resolutorio mediante una cláusula de terminación que contemple lo establecido en el art. 24.1 del fallido Proyecto de Ley de Contratos de Distribución PLCD (2011). Tal elección tendría su fundamento en que el citado precepto se inspira tanto en la normativa contractual internacional que permite la subsanación de un cumplimiento defectuoso en una segunda oportunidad propio de la CV, los PU y los PECL (art. 8:106) como algunas de las precisiones contempladas en la ley especial del contrato de agencia en su el art. 26.1.a) LCA como el incumplimiento total o parcial de las obligaciones legales y contractuales. En este sentido, el art. 24.1. PLCD (2011) dispone:

*“Las partes de un contrato de distribución podrán dar por finalizado el contrato en cualquier momento sin observar plazo de preaviso cuando la otra parte hubiera incumplido de manera grave o reiterada, total o parcialmente, las obligaciones legales o contractuales vinculadas al cumplimiento del contrato y el incumplimiento no fuera subsanado a satisfacción de la parte cumplidora de forma razonable en el plazo establecido”.*

---

*haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”.*

<sup>515</sup> En lo que respecta a la teoría general del contrato, por todos, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, Edisofer Libros jurídicos, Decimocuarta edición, Madrid, 2011, p. 113.

<sup>516</sup> Vid. art. 1100 CC *in fine*, cuya redacción afirma: “(...)En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados incumple su obligación, empieza la mora para el otro”.

<sup>517</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Art. 1124”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8216. Véase también, CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento...*, pp. 91-119. Atendiendo al contrato de agencia, LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción...*, p. 241.

<sup>518</sup> Es de la misma opinión para el contrato de concesión, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp.270-271 y para el de master franquicia, MARTI MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, Cizur Menor (Navarra), 2009, p.494.

En línea con lo anterior, el art. 24.1 PLCD (2011) es, ciertamente, el precepto que mejor se ajusta a la posibilidad de cumplir con las prestaciones pactadas por las partes en tiempos de crisis económica que se han visto agravados por la pandemia COVID-19. Y ello es así porque el citado artículo garantiza la continuidad de las relaciones distributivas en detrimento de su terminación principalmente por dos motivos.

- a) Por un lado, el denominado principio de segunda oportunidad de cumplimiento<sup>519</sup> ofrece al deudor un plazo adicional para satisfacer la prestación debida y no realizada para con la parte acreedora; especialmente, si ésta última ha procedido a cumplirla. De este modo, se interrumpe temporalmente la posibilidad de resolver el contrato de distribución por incumplimiento; cuyo contenido obligacional está marcado por la existencia de obligaciones recíprocas.
  
- b) Y, de otro, la descripción precisa de las conductas que supongan un incumplimiento de las prestaciones acordadas expresamente en el contrato permitirá a la parte perjudicada identificar si la falta de cumplimiento es de tal magnitud, o lo suficientemente grave y reiterada, como para extinguir las relaciones distributivas.

Por todo lo expuesto, y con el fin de prevenir conductas indeseadas, lo ideal es que las partes hayan identificado los criterios susceptibles de generar un incumplimiento que faculte a la parte perjudicada a la resolución del contrato. La introducción del pacto resolutorio debe prevalecer sobre lo dispuesto en el art. 1124 CC no sólo por efecto de la autonomía de la voluntad sino también por la condición de *intuitu personae* que presentan los contratos de distribución<sup>520</sup>. Con todo, la validez de las cláusulas resolutorias

---

<sup>519</sup> Como se ha advertido en la *vision internacional de los contratos de distribución*, el art. 8:106 PECL que prevé la posibilidad de conceder un plazo adicional o prórroga para el cumplimiento del contrato en caso de producirse un retraso no esencial en la prestación pactada. Será posible resolver el contrato por incumplimiento si una de las partes no ha cumplido en su momento la prestación a la que se comprometió y la falta de cumplimiento recaía sobre un elemento esencial del acuerdo. Así lo pone de manifiesto el art. 9:301 (2) PECL en relación con el art. 8:106 (3) del mismo texto legal. Por su parte, los PU en su artículo 7.3.1.2º introduce una enumeración *numerus clausus* de los posibles supuestos de resolución por incumplimiento de los contratos internacionales que, a diferencia de lo dispuesto en el art. 1124CC, supondría de utilidad para la teoría general de obligaciones y contratos.

<sup>520</sup> Siguiendo a MARTI MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, Cizur Menor (Navarra), 2009, p.498.

dependerá del respeto de estas a la doctrina de la buena fe. Por tal motivo, puede afirmarse que el principio de autonomía de la voluntad esté limitado por los artículos 1258 CC - relativo a la buena fe- y 1256 del mismo cuerpo Legal, en tanto en cuanto la fijación de cláusulas resolutorias resulte difícil de cumplir. En nuestra materia de investigación destacan, por ejemplo, las cláusulas resolutorias de venta o de producción mínima que obligan al distribuidor a conseguir un nivel de ventas determinado<sup>521</sup>. De lo contrario, el proveedor procederá a la extinción del contrato.

No obstante, resulta conveniente profundizar en el incumplimiento que faculta a la parte perjudicada proceder al remedio resolutorio, que se fundamentado en tres teorías: la resolución como medida preventiva, como medida sancionadora y finalmente, como medida de equidad<sup>522</sup>.

1ª) La primera teoría aborda la facultad de resolver el contrato como medida preventiva tiene el objetivo de evitar un futuro injusto para las partes y podría ser provocado por dar continuidad a la ejecución del contrato. En este sentido, según González Pacanowska, el mantenimiento de la relación contractual podría producir un resultado negativo cuyos gastos no compensarían el éxito de forma que, lejos de remediarse el incumplimiento, se agravaría sin recuperar la prestación realizada. Lo habitual es que no resulte razonable la vigencia del vínculo contractual, cuando, desde un primer momento, el cumplimiento forzoso deja entrever un futuro incierto además de ineficiente desde el punto de vista económico.

La adopción preventiva del remedio resolutorio pretende soslayar el riesgo empresarial que lleva aparejado la ejecución del contrato. Si no es posible la eliminación del riesgo, se trata de no agravarlo. En materia de contratos de distribución, el riesgo empresarial asumido por la parte perjudicada que decide

---

<sup>521</sup> Son de la misma opinión en los contratos de máster franquicia, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Op. cit.*, 2009, p. 499 y en los contratos de distribución, GONZÁLEZ-ORUS CHARRO, M., “Resolución por incumplimiento en los contratos de distribución”, en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 534. Asimismo, se ampliará sobre este tipo de incumplimiento en el epígrafe titulado *Supuestos de incumplimiento (modalidades: incumplimiento de las obligaciones relativas a los objetivos comerciales)*.

<sup>522</sup> Vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Art. 1124”, *Op. cit.*, Valencia, 2013, pp. 8230 y ss.

continuar con la ejecución del contrato se traduce no sólo en la falta de amortización de las inversiones realizadas<sup>523</sup>, sino también en el incremento del volumen de daños y perjuicios. En este sentido, la gestión del riesgo depende de la contraparte que no puede o no quiere realizar la ejecución del contrato.

En este contexto, cabe la posibilidad de alegar un incumplimiento anticipado (*anticipatory breach*) que faculta a las partes a poner fin al contrato de distribución con anterioridad a que se produzca un incumplimiento grave previsible. El incumplimiento anticipado sucede en el supuesto que una de las partes – distribuidor o proveedor- no quiera o no pueda cumplir en el momento del vencimiento del contrato. A su vez, la otra parte resulta “perjudicada” y no puede continuar razonablemente vinculada al contrato cuyo cumplimiento se ha frustrado.

Aunque el incumplimiento anticipado (*anticipatory breach*)<sup>524</sup> proviene del Derecho inglés, la posibilidad de alegar un incumplimiento antes del plazo de cumplimiento del contrato como remedio resolutorio se convirtió en una institución convencional en el art. 72 CV<sup>525</sup>. El incumplimiento anticipado es también una causa de extinción de los contratos en los ordenamientos jurídicos continentales que, igualmente, se hace extensible a los contratos de distribución.

De hecho, en lo relativo a nuestra materia de investigación, algunos autores de la doctrina francesa identifican el *anticipatory breach* del *Common Law* con la falta de ejecución de las obligaciones asumidas por las partes en las relaciones distributivas<sup>526</sup>; acudiendo al remedio resolutorio como método preventivo a la agravación del riesgo y producción del daño. En este sentido, el incumplimiento anticipado es, junto a la imposibilidad de compatibilizar remedios resolutorios y

---

<sup>523</sup>Respecto al régimen de las inversiones no amortizadas, vid. MARTÍ MIRAVALLS, J., *Op. cit.*, n° 285, 2012, p.106.

<sup>524</sup> La doctrina del (*anticipatory breach*) está muy desarrollada en el Derecho inglés, de modo que es muy frecuente encontrar dicha cláusula en la mayoría de los contratos celebrados en los ordenamientos jurídicos del *Common Law*. Véase, O’SULLIVAN, J. and HILLIARD, J., *The Law of contract*, 6<sup>th</sup> Ed., OUP, Oxford, 2014, pp. 375-377.

<sup>525</sup> Por todos, CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Aranzadi Thompson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 868.

<sup>526</sup> Para profundizar sobre el tema, Le TOURNEAU, P., *Les contrats de concession*, LexisNexis, 2è éd., 2010, p. 139.

compensatorios o la mitigación del daño, alguna de las instituciones que las partes han contemplado en los contratos celebrados conforme a sistemas jurídicos del *Common Law* y que, acertadamente, las partes han introducido paulatinamente en la redacción de sus contratos como medida de resolución de conflictos ante situaciones indeseadas. Y que, sin duda, han contribuido a frenar la conflictividad, y, por ende, la litigiosidad entre las partes.

El incumplimiento anticipado, aunque no está regulado en nuestro Código Civil, sí fue contemplado en la PMCC (2009)<sup>527</sup> y forma parte de nuestro ordenamiento jurídico en tanto en cuanto lo regula el art. 72 CV<sup>528</sup>. En este sentido, el incumplimiento anticipado se permite en el Derecho español como una excepción a la norma general del art. 1124 CC que, a su vez, se trata de una norma especial aplicable al contrato de compraventa según el art. 1503 CC<sup>529</sup>. Con todo, en materia de contratos de distribución, no es frecuente que las partes incluyan una cláusula relativa a un incumplimiento anticipado. En los supuestos de incumplimiento anticipado resulta más sencillo aplicar el remedio resolutorio porque no se ha procedido al intercambio de prestaciones o a la ejecución del contrato<sup>530</sup>. Dicho lo anterior, se deberán considerar también las consecuencias derivadas de la extinción anticipada del contrato.

---

<sup>527</sup> Para ampliar sobre el tema, CLEMENTE MEORO, M.E., “La resolución por incumplimiento para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación española”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, núm. 2131, Mayo de 2011, ISSN: 1979-4767 p. 6. (<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite>) (consultado el 30.03.2015).

<sup>528</sup> El art. 72 CV dispone: “1. Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto. 2. Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones. 3. Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones”. La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías entró en vigor en España en 1991. El Instrumento de Adhesión de España a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 fue publicada en el BOE núm. 26, el 30 de enero de 1991.

<sup>529</sup> En este sentido, PALAZÓN GARRIDO, M.L., Cláusulas de terminación del contrato, en SÁNCHEZ LORENZO, S., *Cláusulas en los Contratos Internacionales. Redacción y Análisis*, Editorial Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, pp. 437-458, p. 447.

<sup>530</sup> Por el contrario, cuando las partes han procedido a la ejecución del contrato su resolución puede traer consecuencias muy desfavorables. En este sentido, aunque Gómez Pomar está abordando el estudio de las garantías de compraventa de empresas y sus remedios frente al incumplimiento, sus consideraciones relativas incumplimiento anticipado como remedio resolutorio nos parecen extrapolables a los contratos de distribución. Para profundizar, Vid. GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 3/2007, Barcelona, julio 2007, pp. 32-34.

2ª) La resolución por incumplimiento como medida sancionadora es uno de los supuestos más frecuentes en los contratos duraderos. Y, por tanto, de los contratos de distribución. De hecho, si se produce un retraso reiterado en el cumplimiento por parte de una de las partes, principalmente del distribuidor, puede provocar la incertidumbre de la otra parte. Lo que se traducirá en una pérdida progresiva de confianza, hasta el punto de minar la relación distributiva y poner fin al contrato.

La medida sancionadora de la facultad resolutoria se producirá con la aplicación de las consecuencias derivadas de la extinción anticipada del contrato. De un lado, con la liberación de las obligaciones no cumplidas por las partes y, de otro, con la restitución de las prestaciones ya recibidas.

En este sentido, resulta ilustrativo la referencia jurisprudencial en la STS, Sala 1ª, de 4 de junio de 2020 (RJ\2020\1580) relativa a la extinción de un contrato de agencia por recíproco incumplimiento de ambas partes en el que analizan los efectos del remedio resolutorio expuestos anteriormente por la Sala 1ª del Alto Tribunal, de 29 de febrero de 2012 (RJ\2012\4054), cuando sostiene: *"la resolución del contrato produce, además de la finalización de las obligaciones que había generado (efecto liberatorio), el efecto restitutorio, [con independencia de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, que siempre será compatible con la restitución]", por lo que los efectos de la resolución del contrato, como regla, tiene efectos retroactivos*".

3ª) Por último, la resolución del contrato como medida de equidad<sup>531</sup> se fundamenta en la existencia de incumplimientos justificados y no justificados. La parte incumplidora trata de argumentar, en la mayor parte de los casos, su falta de cumplimiento debido a la producción de una justa causa. De este modo, la excepción que justifica el incumplimiento se fundamenta en la doctrina de la

---

<sup>531</sup> El artículo 3.2 CC establece: *"La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita"*.

buena fe<sup>532</sup>. Ahora bien, la proporcionalidad no se mide del mismo modo si en demandado de la resolución no ha obtenido ninguna utilidad en la ejecución realizada por la otra parte, que cuando el demandado de la resolución ha recibido una prestación, ya sea parcial o defectuosa<sup>533</sup>.

#### IV. Requisitos de la resolución por incumplimiento

Expuestos los fundamentos de la resolución de los contratos por incumplimiento, se va a profundizar en el estudio de los requisitos necesarios para proceder al remedio resolutorio. Conforme al art. 1124 CC, para resolver el contrato por incumplimiento se ha de distinguir entre las obligaciones principales y accesorias; diferenciando lo pactado por las partes respecto del incumplimiento, así como la imputabilidad y culpabilidad del deudor incumplidor<sup>534</sup>. No obstante, en este último aspecto, la doctrina y la jurisprudencia<sup>535</sup> han ido superando la concepción subjetivista que permitía resolver únicamente el contrato si el incumplimiento era culpable<sup>536</sup> y negaba, en consecuencia, la resolución en el caso de imposibilidad sobrevenida<sup>537</sup>.

---

<sup>532</sup> En este sentido, la jurisprudencia suele razonar la facultad resolutoria como un derecho potestativo a las exigencias de la buena fe, teniendo en cuenta el art. 7.2 CC. Otras veces, considera que el remedio es la equidad del art. 3.2 CC. Y así, lo relaciona con el art. 1124 CC, lo que nos ha de remitir necesariamente a las circunstancias concretas del caso. GONZALEZ PACANOWSKA propone incluso una situación inversa incluyendo la posibilidad de optar por el remedio resolutorio conforme a la doctrina de la buena fe justificando que no es razonable pretender un cumplimiento forzoso cuando los costes resulten desproporcionados para el deudor. En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Art. 1124”..., p. 8227. Sin embargo, la doctrina de la buena fe no puede utilizarse como escudo para evitar la ejecución del cualquier contrato cuyo cumplimiento pueda resultar gravoso para el deudor, a menos que ambas partes estén de acuerdo. En este sentido, el art. 7.2 CC dispone: “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

<sup>533</sup> Vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Art. 1124”, *Op. cit.*, Valencia, 2013, pp. 8235 y ss.

<sup>534</sup> Por todos, CLEMENTE MEORO, M. E., *Op. cit.*, Mayo de 2011, ISSN: 1979-4767, p. 4. (<http://www.mjusticia.gob.es/Satellite>).

<sup>535</sup> En este sentido se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho Cuarto de la mencionada STS, de 4 de junio de 2020, (RJ\2020\1580), relativa a la extinción de un contrato de franquicia motivado por el incumplimiento recíproco de las partes.

<sup>536</sup> Siguiendo a MARSH, P., *Comparative Contract Law: England, France and Germany*, Gower Publishing, Hampshire, (England), 1994, p. 140.

Sobre éste extremo, conviene, también, traer a colación las SSTS, Sala 1ª, de 30 de octubre de 2008 (RJ\2008\5806), y de 16 de mayo de 2012 (RJ\2012\6351) que, si bien no abordan supuestos de extinción de relaciones distributivas, se pronuncian en profundidad sobre la resolución por incumplimiento de los contratos.

<sup>537</sup> En este sentido, CLEMENTE MEORO, M. E., *Op. cit.*, 2011, p. 4, (consultado el 30.03.2015). Véase también, CLEMENTE MEORO, M.E., en *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 27.

Frente al incumplimiento del proveedor o distribuidor, como se ha advertido, tal y como dispone el art. 1124.2 CC, la otra parte puede optar por exigir el cumplimiento o poner fin a la relación obligatoria<sup>538</sup>. No obstante, no cualquier incumplimiento resulta suficiente para dar lugar a una resolución automática. El art. 1124 CC faculta únicamente al deudor a pedir la resolución desde que se produce el incumplimiento, salvo que, en virtud del art. 1255 CC, las partes hayan introducido una cláusula resolutoria<sup>539</sup>.

Por el contrario, en defecto de pacto, la resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC exige, según establece la jurisprudencia<sup>540</sup>, los requisitos siguientes<sup>541</sup>: en primer lugar, que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas; en segundo término, que el deudor haya incurrido en un incumplimiento grave y reiterado; y finalmente, que la parte perjudicada o acreedora haya cumplido con la obligación requerida.

---

<sup>538</sup>El art. 1124 (apdo. 2ª) CC establece: “*El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses de ambos casos. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible*”.

Por su parte, la jurisprudencia también refuerza la posición del art. 1124.2 CC al estimar que dicho precepto pone a disposición del perjudicado la opción de exigir el cumplimiento o de resolver el contrato. En este sentido, García Pérez trae a colación la STS, Sala 1ª, de 4 de febrero de 2003, que impide al perjudicado “pretender a la vez las dos cosas”. Esto es, ejercitar la acción resolutoria y el cumplimiento del contrato. Con todo, siguiendo al art. 1124.2 *in fine* CC, cabe la formulación de una petición alternativa o subsidiaria aunque la de cumplimiento tenga preferencia. Para ampliar, GARCÍA PÉREZ, R.M., “Art. 1124 CC”, en PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada, Código Civil*, tomo II, Arts. 609-1314 CC, Ed. Comares, Granada, 2009, pp. 1990-2.

<sup>539</sup> Siguiendo a ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, Edisofer Libros jurídicos, Decimocuarta edición, Madrid, 2011, p. 113

<sup>540</sup> La jurisprudencia admite el remedio resolutorio en el supuesto que quede acreditado el incumplimiento esencial basado en la insatisfacción de las expectativas de las partes o la frustración del fin del contrato. En este sentido, vid., entre otras, las STSS, Sala 1ª, de 4 de junio de 2020 (RJ\2020\1580), de 26 de junio de 2008 (RJ\2008\3305) y de 3 de diciembre de 2008 (RJ\2008\6944), relativas a la extinción de contratos de distribución y agencia.

<sup>541</sup> Siguiendo a GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Art. 1124”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8216. Siguiendo a GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Art. 1124”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8216. En cambio, tal y como advierte CARRASCO PERERA, cuya opinión comparto, para porceder al remedio resolutorio se requiere que además de haber incumplido para con la parte acreedora, habiendo cumplido ésta, el deudor estuviera en condiciones de cumplir aunque tal cumplimiento no satisficiera ya el interés de la parte cumplidora (y acreedora). En este sentido, -cito textualmente-: “*Al incumplimiento (refiriéndose el autor al incumplimiento de la obligación) se le pide que sea grave y que produzca una frustración de la finalidad que el acreedor esperaba legítimamente obtener del contrato, y ésta acaece cuando el cumplimiento, aún todavía posible, ya no satisfaría el interés del acreedor*”. CARRASCO PERERA, Á., *Op. cit.*, Navarra, 2009, p. 1122.

## 1. Que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas

Los contratos de distribución, en la medida que conllevan obligaciones recíprocas, están sometidos al régimen resolutorio del art. 1124.1 CC<sup>542</sup>. En este sentido, ninguna de las partes de las relaciones distributivas incurre en mora según establece el art. 1101 *in fine* CC<sup>543</sup>, máxime cuando la otra parte no hubiera cumplido su parte.

Del mismo modo, se ha pronunciado tanto el legislador como la jurisprudencia cuando, en las obligaciones recíprocas, se requiere necesariamente la falta de cumplimiento de una obligación exigible -en los términos previstos en el art. 1113CC<sup>544</sup>- por una las partes para acudir al remedio resolutorio.

A modo ilustrativo, destaca, de un lado, el artículo 1199 de la PMCC en el anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos elaborado por la Comisión General de Codificación, que dispone: “*cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial*”.

Por otra parte, también son destacables los pronunciamientos jurisprudenciales respecto de las obligaciones recíprocas contraídas en los contratos de distribución; entre las que destaca, la STS, Sala 1ª, de 4 de junio de 2020 (RJ\2020\1580), (haciendo mención a otras resoluciones anteriores): “*Para que pueda ejercitarse con éxito la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado decididamente por exigir la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes,*

---

<sup>542</sup> La redacción del art. 1124.1 CC establece: “*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícitamente en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe*”.

<sup>543</sup> El art. 1101 CC establece: “*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”.

<sup>544</sup> La falta de cumplimiento por una de las partes debe afectar a una obligación exigible. Se entiende que existe esa exigibilidad desde la perfección del contrato por el consentimiento de las partes hasta su resolución (art .1113 CC). Por tal motivo, no cabría por tanto apreciar incumplimiento si el contrato ha llegado a su fin, o si el cumplimiento depende de alguna condición.

*prescindiendo de la "voluntad deliberadamente rebelde", exigida en etapas anteriores<sup>545</sup>".*

No obstante, en el supuesto reflejado en la citada resolución, se expone un caso distinto en la medida que ambas partes han incumplido recíprocamente con sus prestaciones y pretendan poner fin al contrato de franquicia. A lo que les será de aplicación la *doctrina de la asimilación al mutuo disenso*; que se expone en el Fundamento de Derecho Cuarto de la STS, Sala 1ª, de 4 de junio 2020, (RJ\2020\1580)<sup>546</sup>.

## **2. Que el deudor haya incurrido en un incumplimiento grave y reiterado**

Para poder proceder a la resolución por incumplimiento, la parte demandada, habrá debido incurrir en un incumplimiento grave. Por el contrario, la parte perjudicada ha debido cumplir con lo acordado en el contrato.

En los contratos de distribución celebrados conforme al Derecho español, el incumplimiento tendrá virtualidad resolutoria si éste es grave y reiterado. Así se deduce de la amplia doctrina jurisprudencial relativa a la aplicación del artículo 1124 del Código

---

<sup>545</sup> Como es sabido, la jurisprudencia ha evolucionado sistemáticamente hacia un criterio de incumplimiento objetivo alejándose paulatinamente del incumplimiento subjetivo, que atendía a la falta de cumplimiento por la voluntad deliberadamente culpable del deudor. Tal evolución se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de Viena (art. 25 CV), de 11 de abril de 1980 (a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990) y, más recientemente los PU, en su art. 7.3.1 (2.b), cuando se priva sustancialmente al contratante "*de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato*".

<sup>546</sup> Para profundizar sobre este extremo, vid. Fundamento de Derecho Cuarto de la STS, Sala 1ª, de 4 de junio de 2020 (RJ\2020\1580), que se ha pronunciado así:

*"...ante el incumplimiento de las dos partes contratantes, y ante la apreciación de una voluntad resolutoria en ambas, se aplica la doctrina de la resolución por mutuo disenso por disentimientos unilaterales concurrentes, que [...] cabe en cualquier contrato ( SS. 5 diciembre 1940, 13 febrero 1965, 11 febrero 1982 (RJ\1982\588), 30 mayo 1984, [...]). "[...] aunque no cabe una aplicación analógica de la doctrina del mutuo disenso en sentido estricto, pues se trata de supuestos diferentes; no obstante, las consecuencias resultan similares en el plano del incumplimiento con transcendencia resolutoria, habida cuenta del recíproco incumplimiento observado en ambas partes, de su transcendencia o gravedad resolutoria, de la imposibilidad de cumplimiento tardío del contrato por la frustración de su finalidad o fin práctico y, en suma, de los desistimientos unilaterales de las partes concurrentes en sus respectivas solicitudes de resolución contractual". Esta equiparación, a estos efectos, entre un supuesto (resolución contractual por incumplimiento de una de las partes) y otro (resolución por mutuo disenso y, por asimilación, por incumplimiento y voluntad resolutoria de ambas partes), permite extrapolar a este último la doctrina jurisprudencial sobre los efectos retroactivos de la resolución del art. 1124 CC y sus limitaciones en el caso de los contratos de tracto sucesivo, según han sido interpretados por la jurisprudencia de esta Sala que el recurrente considera infringida".*

Civil<sup>547</sup>. En este sentido, aunque son muchos los conflictos que derivan en una litigiosidad reciente entre las partes motivadas por un incumplimiento grave y reiterado<sup>548</sup> de las prestaciones acordadas en la relación distributiva, resulta ilustrativa la STS de 2 de octubre de 2012, (RJ\2012\10121); relativa a la extinción de un contrato de distribución exclusiva a causa del incumplimiento grave y reiterado del pacto de exclusiva al proceder el distribuidor a comercializar vinos de la competencia.

La STS, Sala 1ª, de 2 de octubre de 2012, (RJ\2012\10121) indica, en su Fundamento Jurídico Undécimo, que *“la jurisprudencia de esta Sala supedita la procedencia de la resolución por incumplimiento contractual al amparo del art. 1124 CC a que el incumplimiento se refiera a una obligación principal y que sea grave, esto es, total y definitivo, en la medida en que frustre la finalidad del contrato”*.

Del mismo modo, se ha pronunciado más recientemente nuestra jurisprudencia menor, cuando advierte acerca de los requisitos con los que las partes de una relación distributiva –en este supuesto, relativo a la terminación de un contrato de franquicia- pueden acudir al remedio resolutorio. Así, la SAP de Gerona, de 22 de junio de 2020 (AC\2020\882), pone de manifiesto que: *“Ya es doctrina reiterada del Tribunal Supremo*

---

<sup>547</sup> Por todos, MARTÍNEZ SANZ, F., “Tres visiones sobre la extinción del contrato de distribución en los textos proyectados”, en VIERA GONZÁLEZ, J., ECHEBARRIA SÁENZ, J.A., RUIZ PERIS, J.I., (Dirs.) *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Ed. LA LEY, Madrid, 2012, p. 464.

<sup>548</sup> Se ha contemplado este requisito (incumplimiento grave y reiterado) en las resoluciones jurisprudenciales recientes del Tribunal Supremo, entre otras, en la STS, Sala 1ª, de 23 de febrero de 2021, (RJ\2021\758), -si bien, en este supuesto se aborda la resolución por incumplimiento de un contrato de franquicia alegándose incumplimiento del franquiciado para con su cliente final. Con todo, no se ha acreditado que la falta de cumplimiento de la parte franquiciada con un tercero (cliente final) fuera consecuencia de la conducta del franquiciador (Grupo Vitaldent) mediante un incumplimiento grave y reiterado. O en la STS, Sala 1ª, de 4 de junio de 2020 (RJ\2020\1580); que ya ha sido objeto de un análisis anterior. Asimismo, se ha apreciado la necesidad de incumplir grave y reiteradamente las prestaciones acordadas para proceder a la resolución del contrato por incumplimiento en nuestra jurisprudencia menor. Así sucede, por ejemplo, en la SAP de Madrid, de 14 de febrero de 2020 (AC\2020\494), relativa a la terminación de un contrato de franquicia entre la cadena de restauración lel Grupo VIPS como franquiciador frente a su franquiciado. O, en otra resolución más reciente como la SAP de Guipúzcoa, de 8 de junio de 2021 (AC\2021\373), relativa a la terminación de un contrato de franquicia entre la franquiciadora (Croqueta y Presumida, S.L.) y la franquiciada (Mamieva 13, S.L.) en el que no se acredita la falta de cumplimiento grave y reiterada por parte de la franquiciadora; tan sólo una falta de suministro de hamburguesas de la marca Degústame por parte de ésta a la franquiciada que, en virtud de lo expuesto por la AP de Guipúzcoa en el Fundamento de Derecho Undécimo, quedó justificado y aceptado por la franquiciada por los razones que allí expone; principalmente y, entre otras, por el fracaso en la explotación del negocio.

*sobre los requisitos (incumplimiento esencial y grave) que deben acompañar a una pretensión resolutoria al amparo de lo dispuesto en el art. 1124 CC<sup>549</sup>.*

Ciertamente, conviene precisar que cuatro de los cinco elementos descritos, son coincidentes con los expuestos en el presente epígrafe de este trabajo. Con todo, el cuarto requisito (culpabilidad del deudor) no es, en mi opinión, del todo imprescindible considerando la evolución jurisprudencial del Alto Tribunal<sup>550</sup>; que se ha inclinado de forma sistemática hacia un criterio objetivo en la falta de cumplimiento marcada por la frustración del resultado esperado en detrimento del criterio subjetivo<sup>551</sup>; que atendía a la necesidad de acreditar el incumplimiento como consecuencia de una conducta deliberadamente culpable por parte del deudor hacia su contraparte. Y, para concluir, así lo ha apuntado el citado el Fundamento de Derecho Quinto *in fine* de la reciente resolución jurisprudencial (SAP Gerona, de 22 de junio 2020 (AC\2020\882).

---

<sup>549</sup> Con todo, la citada resolución se pronuncia en el Fundamento de Derecho Quinto de la SAP de Gerona, de 22 de junio de 2020, (AC\2020\882) sobre los requisitos necesarios para que una parte proceda a la resolución del contrato por incumplimiento de la contraparte según dispone la jurisprudencia del Alto Tribunal; que establece, y cito textualmente: "*Es doctrina de esta Sala, reiterada entre otras muchas, la de que para que la acción resolutoria implícita establecida en el párrafo primero del art. 1124 CC pueda prosperar, es preciso que quien la alegue acredite en el proceso correspondiente, entre otros, los siguientes requisitos: 1º. La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes la concertaron ( Sentencias de 10 de Diciembre de 1947 y 9 de Diciembre de 1948 ).- 2º. La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo (Sentencias de 28 de Septiembre de 1965 y 30 de Marzo de 1976 ) así como su exigibilidad (Sentencias de 6 de Julio de 1952 y 1 de Febrero de 1966 ).- 3º. Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían (Sentencias de 9 de Diciembre de 1960 y 18 de Noviembre de 1970 ), estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia ( Sentencias de 17 de Diciembre de 1976 y 17 de Febrero de 1977 ).- 4º. Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa de éste que, de modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable la origine, actuación que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante ( Sentencia de 5 de Mayo de 1970 ).- y 5º. Que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían ( Sentencias de 6 de Julio y 29 de Marzo de 1977 ); salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste, es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso ( Sentencias de 10 de Febrero y 11 de Abril de 1925 y 24 de Octubre de 1959 ) ( Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Marzo de 1986 ). Igual sentido muestran las Sentencias de 24 de Mayo de 1991 , 16 de Abril de 1991 y 29 de Febrero de 1988 ..."*

<sup>550</sup> Porque, como advierte también la citada resolución, la jurisprudencia del Alto Tribunal ha introducido nuevos matices como advierte la STS, Sala 1ª, de 17 de febrero de 2010 (RJ\2010\1284) que, viene declarando que la voluntad de incumplimiento se demuestra por la frustración del fin del contrato "*sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren (...) las legítimas aspiraciones de la contraparte*" ( SSTS de 20 de septiembre , 31 de octubre y 22 de diciembre de 2006 , entre otras)".

<sup>551</sup> Se exige únicamente que la conducta del incumplidor sea grave, como establece la STS, Sala 1ª, de 13 de mayo de 2004, admitiendo, como se pronuncia la SAP Gerona, de 22 de junio 2020 (AC\2020\882) que el "*incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida (...) la realización del fin del contrato; esto es, la completa y satisfactoria utilización (del bien objeto del mismo...) según los términos convenidos*".

Aunque el incumplimiento pueda afectar a una prestación principal o accesoria, la jurisprudencia suele aplicar el remedio resolutorio al incumplimiento de obligaciones de carácter principal<sup>552</sup>, con la salvedad de las obligaciones accesorias, que se habilita la resolución del contrato cuando la falta de cumplimiento de una obligación no principal sea de tal importancia que frustren el fin de la relación contractual<sup>553</sup>.

En este sentido se pronuncia expresamente, la ya referida STS de 2 de octubre de 2012, (RJ\2012\10121), al señalar, en su Fundamento de Derecho Undécimo, que la resolución del contrato “*no procede cuando el incumplimiento afecta a una obligación accesoria, pues no se altera la relación de reciprocidad o interdependencia causal (Sentencias 1284/2006, de 20 de diciembre (RJ 2007, 384); 504/2007, de 14 de mayo (RJ 2007, 3404) y 631/2007, de 31 de mayo (RJ 2007, 4336)). Y el incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida la satisfacción económica de las partes hasta el punto de obstar al fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte (Sentencia 215/212, de 12 de abril (RJ 2012, 5894))*”.

No procederá, por tanto, la resolución en los supuestos de un cumplimiento defectuoso o cuando se produzca el incumplimiento de una obligación accesoria. La única excepción al respecto sería que el incumplimiento de la obligación accesoria impidiera el cumplimiento de la obligación principal<sup>554</sup>. Con este requisito se pretende evitar, por tanto, que bajo la excusa de un incumplimiento puntual del distribuidor – y, en menor

---

<sup>552</sup> Se identifica la frustración del fin del contrato con la desaparición de la base del negocio de la causa concreta del mismo. En un contexto semejante, se podría considerar “extravagante” el recurso a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o la renegociación de los términos del contrato, tal y como se expondrá en el capítulo IV de la Segunda parte del presente trabajo, cuando la prestación recibida se aleje del objetivo por el que se concluyó. Para ampliar, DIEZ SOTO, C.M., y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., PACANOWSKA, I., “Los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del Covid-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, p. 224.

<sup>553</sup> Del mismo modo, GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., “Resolución por incumplimiento en los contratos de distribución”, en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 534.

<sup>554</sup> GARCÍA PÉREZ, R.M., “Art. 1124 CC”, en PASQUAU LIAÑO, M. (Dir.), *Jurisprudencia civil comentada, Código Civil*, tomo II, Arts. 609-1314 CC, Ed. Comares, Granada, 2009, pp. 1974-1975.

medida, del proveedor- la parte parcialmente perjudicada adopte conductas abusivas y reorganice su red de distribución sin contar con su contraparte.

En los contratos duraderos, como es el caso de los de distribución, los tribunales suelen distinguir también entre el mero retraso y el incumplimiento resolutorio. En este sentido, se procede a la resolución por incumplimiento cuando se producen retardos prolongados en el cumplimiento que frustran el fin del contrato o bien, las legítimas expectativas de la otra parte<sup>555</sup>. Por consiguiente, no será un incumplimiento esencial cuando, pese al retraso, el cumplimiento siga siendo útil al acreedor<sup>556</sup>.

En este sentido, cabe traer a colación una de las novedades más importantes que aportó la CV, también contemplada en los PU<sup>557</sup> y en la PMCC (2009), que han sido asimismo asumidas por las propuestas de regulación de los contratos de distribución en nuestro

---

<sup>555</sup> Siguiendo a MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 496.

<sup>556</sup> Por todos, CLEMENTE MEORO, M. E., Op. cit., 2011, p. 6. (<http://www.mjusticia.gob.es/Satellite>).

<sup>557</sup> Los artículos 7.1.4 y 7.1.5 PU, establecen tanto la subsanación del incumplimiento como el periodo suplementario para el cumplimiento, respectivamente; Y cito textualmente: “*La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando: (a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación; (b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias; (c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y (d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora. (2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento. (3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar. (4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación. (5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación.* Por su parte, el art. 7.1.5 PU dispone: “*En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla. (2) Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este Capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del período suplementario o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada. (3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple. (4) El párrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora*”.

país<sup>558</sup>. De este modo, el art. 24.2 PLCD (2011)<sup>559</sup> y el art. 5104-3<sup>560</sup> de la Propuesta de Código Civil elaborada por la APDC (2016) reconocen el principio de “*segunda oportunidad*” que permite a las partes subsanar el incumplimiento, siempre que sea posible, en un plazo de tiempo razonable; si bien, existen claras discrepancias en la fijación del preaviso en las distintas propuestas en la medida que el PLCD (2011) determina acertadamente que, en defecto de pacto, el plazo máximo para subsanar el incumplimiento será de treinta días, mientras que la PCC no ha concretado cuál debería ser el plazo razonable de subsanación<sup>561</sup>.

Ciertamente, la determinación de un plazo razonable a efectos de subsanación debería figurar, en mi opinión, como supletorio respecto del periodo suplementario de treinta días diseñado en el PLCD (2011); siempre que el deudor haya procedido a notificar al acreedor la existencia del impedimento de su incumplimiento y sus consecuencias sobre su capacidad para cumplir, siguiendo los terminos expuestos en el art. 7.1.7. (3) PU<sup>562</sup>. Con todo, el principio de segunda oportunidad se eleva a la condición de requisito esencial en las mencionadas propuestas al dar por extinguido el contrato cuando no se ha procedido a subsanar el incumplimiento que ha sufrido su contraparte<sup>563</sup>.

---

<sup>558</sup> No ha sido el caso de las PCM (2013) ni de la PALCM (2018) que no han recogido expresamente, como tal, el principio de segunda oportunidad para frenar la resolución por incumplimiento de los contratos.

<sup>559</sup> Art. 24.1 y 2 del PLCD (2011) “1. Las partes de un contrato de distribución podrán dar por finalizado el contrato en cualquier momento sin observar plazo de preaviso cuando la otra parte hubiera incumplido de manera grave o reiterada, total o parcialmente, las obligaciones legales o contractuales vinculadas al cumplimiento del contrato y el incumplimiento no fuera subsanado a satisfacción de la parte cumplidora de forma razonable en el plazo establecido.

2. Las partes acordarán un plazo para la subsanación del incumplimiento, en su defecto, este plazo será de 30 días”.

<sup>560</sup> La redacción del art. 5104-3 de la Propuesta de Código Civil elaborada por la APDC es la siguiente: “Las partes de un contrato de distribución, ya sea por tiempo determinado o de duración indefinida, pueden resolver el contrato en cualquier momento sin observar los plazos de preaviso referidos en el artículo anterior cuando la otra parte haya incumplido cualquier obligación legal o contractualmente esencial y que no haya sido subsanada, o no pueda ser subsanada, en un plazo de tiempo razonable”.

<sup>561</sup> Al igual que el mencionado art. 7.1.5 PU atiende al principio de razonabilidad para determinar el periodo suplementario de cumplimiento.

<sup>562</sup> Aunque relativo a la fuerza mayor, el art. 7.1.7. (3) PU podría ser de aplicación para justificar la falta de cumplimiento en las relaciones distributivas habida cuenta el principio de colaboración entre las partes y la incidencia del *intuitu* en esta modalidad contractual. Por lo que, la normativa que regulase finalmente los contratos de distribución debería prever la obligación e notificar al acreedor la existencia del impedimento de su incumplimiento en los terminos expuestos en el citado precepto, que dispone lo siguiente: “La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción”.

<sup>563</sup> MARTÍNEZ SANZ, F., “Tres visiones sobre la extinción del contrato de distribución en los textos proyectados”, en VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A. Y RUIZ PERIS, J.I. (Dirs.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Madrid, 2013, p. 464.

Para proceder a la aplicación del art. 1124 CC, y a la resolución por incumplimiento, este debe ser grave o afectar a una obligación esencial<sup>564</sup>. En este sentido, la jurisprudencia española parece haber determinado en qué supuestos se produce un “*incumplimiento esencial*”, entre los que se encuentran la falta de obtención de la finalidad perseguida, la frustración de las legítimas expectativas o de las aspiraciones, la quiebra de la finalidad económica o la frustración del fin práctico perseguido<sup>565</sup>.

Así, señala a modo de precedente jurisprudencial, la STS, Sala 1ª, de 28 de febrero de 1986 (RJ\1986\862), relativa a la frustración del fin perseguido en un contrato de distribución de obras literarias y científicas. En el caso el objeto de controversia se pone de manifiesto que “*no puede ponerse en tela de juicio el acierto del pronunciamiento censurado - relativo a la resolución del contrato por incumplimiento- si se tiene en cuenta el cese, reconocido de contrario, de la actividad de IPESA prácticamente después de la fecha del contrato*”<sup>566</sup>. En este supuesto, la sociedad editora IPESA cesó en la realización de su actividad de entrega a la sociedad “Distribuidora C. de Ediciones, SL, unos ejemplares de la obra “*Historia general de las Islas Canarias*”. La sociedad proveedora IPESA incumplió gravemente su obligación de entregar los ejemplares desde el principio de su actividad, lo que hizo imposible su comercialización para el distribuidor provocando la frustración del fin del contrato. Con todo, este pronunciamiento advierte que el incumplimiento es lo suficiente grave como para solicitar la resolución del contrato, máxime cuando es evidente que se ha producido la frustración del fin del contrato.

---

<sup>564</sup> Así lo establece el Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de diciembre de 2008, relativa a la extinción de un contrato de distribución, que cita textualmente “*para que el incumplimiento tenga fuerza desvinculante es necesario que sea esencial*”. Vid. también, las SSTS, de 5 de abril de 2006 (RJ 2006, 1921) y de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3091).

<sup>565</sup> Siguiendo a DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, tomo II, Las relaciones obligatorias*, 6º Ed., Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 851.

<sup>566</sup> Vid. Fundamento de Derecho Cuarto de la STS de 28 de febrero de 1986 (RJ\1986\862).

Con todo, la gravedad del incumplimiento puede variar en función de los intereses descritos por las partes en el contrato –en particular, de distribución- siendo necesaria una valoración atendiendo a las circunstancias particulares del caso<sup>567</sup>. De proceder a la identificación de un incumplimiento grave con otro esencial, puede decirse que la esencialidad no reside en el incumplimiento del contrato, sino de la obligación incumplida que priva al acreedor de la finalidad que esperaba obtener del contrato.

Así sucede, por ejemplo, como se ha pronunciado recientemente la jurisprudencia menor en la SAP de Barcelona, de 17 de diciembre de 2020 (AC\2021\107), relativa a la extinción de un contrato de franquicia, en el que la franquiciadora imputaba al franquiciado el incumplimiento por impago de royalties además de otro incumplimiento previsto en la cláusula 17 del pacto, que justificaba la resolución del contrato y, que cito textualmente: *"en caso de que el franquiciado incurra en incumplimiento grave o reiterado de las pautas de explotación del negocio franquiciado recogidas en el Manual o en el presente contrato"*. Atendiendo al Fundamento de Derecho Tercero de la citada resolución, se advierte claramente que *"el impago de los royalties constituye el incumplimiento de una obligación esencial del franquiciado, por cuanto se trata de una de los elementos esenciales propios del contrato de franquicia"*.

El incumplimiento grave se identifica con el incumplimiento esencial que asume el art. 25 CV<sup>568</sup>; basado en el grado de perjuicio resultante del incumplimiento causado a la parte perjudicada. Lo que se traduce, en la privación de lo que la parte cumplidora tenía derecho a esperar del contrato<sup>569</sup>. También existe una vinculación entre el incumplimiento

---

<sup>567</sup> Respecto a los contratos de máster franquicia, es de la misma opinión, MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 496.

<sup>568</sup> El art. 25 de la CV establece cuando se producirá un incumplimiento esencial. La redacción del precepto es la siguiente: *"el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que ha incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación"*.

<sup>569</sup> Así lo expone O'HONNOLD que analiza también la posibilidad de evitar un incumplimiento esencial si existieran riesgos evidentes de incumplimiento una vez celebrado el contrato como consecuencia del desvío de conducta por la parte incumplidora. Para profundizar, vid., O'HONNOLD, J., *Derecho Uniforme sobre compraventas internacionales*, Editorial Revistas de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987, pp. 237 y ss.

esencial contemplado en las disposiciones de las propuestas europeas de los PU<sup>570</sup>, PECL y DCFR<sup>571</sup>, cuyo origen se remonta a la tradición anglosajona (*breach of contract*)<sup>572</sup>. Sin embargo, tal y como apunta Carrasco Perera, el incumplimiento esencial de la doctrina española no es del todo equivalente al incumplimiento denominado *material breach* del Derecho angloamericano, considerando la complejidad de la esencialidad de la obligación incumplida en la jurisprudencia española.

A modo ilustrativo, destaca un supuesto de incumplimiento contractual grave que pone de manifiesto las diferencias existentes entre nuestro ordenamiento jurídico y los del *Common Law*. Particularmente, el incumplimiento no es sustancial puesto que el tiempo no es un elemento esencial en el cumplimiento de las obligaciones de un contrato de compraventa de inmuebles en Derecho español<sup>573</sup>. Sin embargo, en el Derecho inglés destaca el caso *Union Eagle Ltd. v. Golden Achievement Ltd. (1997)*<sup>574</sup> en el que una de las partes pidió la resolución del contrato por incumplimiento contractual por existir una demora de diez minutos. La razón de base radica según O'Sullivan es que, el tiempo<sup>575</sup> sí estaba considerado un elemento esencial<sup>576</sup> del contrato y los tribunales británicos optaron escrupulosamente por garantizar la seguridad jurídica<sup>577</sup> y la previsibilidad del contrato desestimando así la demanda interpuesta por el comprador.

---

<sup>570</sup> Así, el art. 7.3.1 (1) PU determina la facultad de proceder a resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial y el art. 7.3.1.(2) PU describe los supuestos (mediante una lista *numerus clausus*) de los incumplimientos que deben considerarse esenciales.

<sup>571</sup> Vid. los arts. 7.1.1. de los Principios UNIDROIT, art. 1: 301 PECL, III.-1:101(3) del Marco Común de Referencia (en inglés, DCFR) y el art. 87 CESL.

<sup>572</sup> Como afirma CARRASCO PERERA, Á., *Op.cit.*, 2010, p. 1122.

<sup>573</sup> El tiempo no será un elemento esencial en el cumplimiento de una compraventa de bienes inmuebles. A tenor del artículo 1504 CC, la obligación principal es pagar el precio cierto.

<sup>574</sup> Véase, *Union Eagle Ltd. v. Golden Achievement Ltd* [1997], 2 All ER, 215. En este caso, las partes habían pactado un contrato de compraventa de un piso. Se había fijado fecha y hora de cumplimiento, (antes de las 5pm) y la compradora había abonado un depósito que ascendía al diez por ciento de la cantidad total. El vendedor se quedó con el depósito abonado y resolvió el contrato por incumplimiento porque el cheque del comprador llegó diez minutos tarde respecto de la hora acordada. En el presente caso, se muestra el respeto de los tribunales británicos al acuerdo expresamente fijado por las partes considerando el tiempo como uno de los elementos esenciales del contrato. Para profundizar, O'SULLIVAN, J. and HILLIARD, J., *The Law of contract*, OUP, 6th Ed., Oxford, 2014, pp.365-66.

<sup>575</sup> En este sentido, por todos, O'SULLIVAN, J. and HILLIARD, J., *Op. cit.*, Oxford, 2014, p. 366.

<sup>576</sup> En este sentido, otros autores como INFANTE, afirman que el tiempo en el *Common Law* se consideró "un elemento esencial en virtud de la interpretación jurisprudencial fraguada en los siglos XVI y XVII por los Tribunales del *Common Law* cuando los acuerdos de tiempo de cumplimiento (*time stipulations*) debían ser considerados como *conditions*". Véase, INFANTE RUIZ, F.J., *Contrato y término esencial*, Editorial LA LEY, Madrid, 2008, p. 51.

<sup>577</sup> La seguridad jurídica resulta uno de los argumentos más valiosos en el Derecho de contratos de los sistemas jurídicos que componen el *Common Law*. Así lo pone de manifiesto FARNSWORTH hacienda hincapié en las *opinions* del Judge EASTERBROOK, que, en el caso *Kham & Nate's Shoes N<sup>o</sup> 2 v First*

También procederá la resolución del contrato si el incumplimiento produce graves perjuicios al acreedor. En especial, si se ha frustrado el fin práctico del contrato<sup>578</sup> o su cumplimiento resultara imposible<sup>579</sup>. En este sentido, Clemente Meoro afirma que la frustración del fin práctico del contrato es el principal fundamento de la resolución por incumplimiento en el ordenamiento jurídico español, además de la existencia de una presunta voluntad de los contratantes. Y, particularmente, si se da interdependencia de las obligaciones nacidas de los contratos bilaterales. Así las cosas, la resolución no se concibe como una sanción sino como una “liberación” del acreedor insatisfecho ante la falta de cumplimiento. Desde esta perspectiva, la doctrina corrobora acertadamente la visión jurisprudencial de la noción del incumplimiento construida al margen de la culpa del deudor; siguiendo el sistema clásico del *Common Law* en la medida que el contratante – en nuestro caso, sea proveedor o distribuidor- no se vincula en torno a la promesa de su conducta futura sino en cuanto a un resultado<sup>580</sup>.

La posibilidad de exigir el cumplimiento del contrato de distribución ante un incumplimiento grave carece de virtualidad práctica en la mayor parte de supuestos. En especial, cuando se trata de contratos personalísimos en los que se presupone la colaboración entre las partes, de modo que resultará necesaria la voluntad de los contratantes de continuar con el contrato. En este contexto será muy difícil mantener la relación distributiva si una de las partes adopta una conducta no cooperativa que da lugar al incumplimiento contractual. Máxime, si se produce una pérdida de confianza entre las partes.

En línea con lo anterior, conviene advertir que, en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno como el Derecho francés, el art. L- 622-13 *C.Com* establece que no será exigible la ejecución de un contrato si, en caso de incumplimiento, por una parte, se

---

*Bank 908 F 2d 1351 [1990]*, establece: “...any attempt to the exercise of contractual privileges would reduce commercial certainty and breed costly litigation”. Para ampliar, FARNSWORTH, A., “Good faith in contract performance”, en BEATSON, J., and FRIEDMANN, D., (Ed.), *Good faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p.168.

<sup>578</sup> Siguiendo a CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant Monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 290 y 291.

<sup>579</sup> Sobre la alteración de circunstancias que frustren los contratos de distribución me ocupo en el Capítulo IV de la II Parte de este trabajo.

<sup>580</sup> Así lo expone PALAZÓN GARRIDO, M.L., “La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento”, en SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (Ed.), *Derecho contractual Comparado*, Thompson Reuters, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 778 y ss.

produce una pérdida de confianza por parte de la parte perjudicada. La razón se fundamenta en la importancia del sustrato personal de los contratos *intuitu personae* que requieren los contratos mercantiles de interés común<sup>581</sup>.

La gravedad del incumplimiento es, sin duda, uno de los criterios más influyentes que motiva tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a poner fin al contrato. La relevancia de este requisito en los contratos de distribución es incluso mayor. De lo contrario, se podrían fomentar actitudes abusivas que podrían encubrir conductas oportunistas y desistimientos unilaterales bajo la excusa de un incumplimiento puntual<sup>582</sup>.

Entre nosotros, la ausencia de una norma legal que lo prevea<sup>583</sup> o la falta de pacto resolutorio, implica la aplicación automática del art. 1124 CC. Aunque se ha contemplado el remedio resolutorio en la totalidad de las propuestas de regulación de los contratos de distribución en nuestro ordenamiento<sup>584</sup> o en el DCFR<sup>585</sup>, ninguna de ellas sido aprobada hasta la fecha. Por lo que los contratos de distribución siguen siendo atípicos y las partes deben estar a lo establecido en la teoría general del contrato. Con todo, no es infrecuente

---

<sup>581</sup> FERRIER, D. y FERRIER, N., *Droit de la distribution*, LexisNexis, 7ª éd. Paris, 2014, p. 377.

<sup>582</sup> Por todos, VÁZQUEZ ALBERT, D., “La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales”, en *Los contratos de Distribución Comercial: Novedades legislativas y jurisdiccionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 169-71, MARCO ALCALÁ, L.A., “Resolución del contrato por el deterioro de la imagen de marca”, en CARBAJO CASCÓN, F., *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 501-502.

<sup>583</sup> Con la salvedad de la regulación de otros pactos colaborativos como el contrato de agencia, el legislador consideró –en virtud del art. 26 LCA– que cualquier incumplimiento de las obligaciones legales o pactadas en el contrato, sea éste total o parcial, faculta a la otra parte a poner fin al contrato. Incluso sin necesidad de respetar el preaviso.

<sup>584</sup> En el PLCD (2011), el artículo 24, regula la resolución por incumplimiento como causa de extinción de los contratos de distribución. En cambio, nada establece al respecto de la resolución por incumplimiento de los contratos de distribución la PCM (2013) en el art. 543 (Capítulo III) ni, en menor medida, en el ALCM (2014) donde no se contempla la regulación de los contratos de distribución entre las modalidades de los contratos de colaboración. Tampoco lo hace el nuevo texto de la PALCM (2018), que se limita a exponer la posibilidad de terminar el contrato por otros supuestos, pero no enriquece la versión inicial del PLCD (2011). Por su parte, la Propuesta de Código Civil elaborada por la APDC, el art. 5104-3 dispone: “*Las partes de un contrato de distribución, ya sea por tiempo determinado o de duración indefinida, pueden resolver el contrato en cualquier momento sin observar los plazos de preaviso referidos en el artículo anterior cuando la otra parte haya incumplido cualquier obligación legal o contractualmente esencial y que no haya sido subsanada, o no pueda ser subsanada, en un plazo de tiempo razonable*”.

<sup>585</sup> Respecto a las propuestas de armonización del Derecho europeo de contratos, el DCFR reconoce el incumplimiento esencial de los términos pactados en el contrato como una causa de extinción de los contratos de distribución. La parte perjudicada tiene la facultad de aplicar el remedio resolutorio, cuyo contenido en su art. IV. E.- 2:304 dispone: “*Termination for non-performance: (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. (2) The parties may not exclude the application of this Article or derogate or derogate from or vary its effects* ».

que los contratantes introduzcan una condición resolutoria en el contrato que esté inspirada en el contenido de estos textos.

Sin embargo, existen algunas diferencias entre la regulación que propone la comisión de expertos para la armonización del Derecho europeo de contratos en las relaciones distributivas y/o las disposiciones sobre la resolución por incumplimiento prevista en al LCA. La principal distinción entre ambos textos es que, en los contratos de agencia, cualquier incumplimiento de las obligaciones legales o pactadas en el contrato, -sea este total o parcial-, faculta a la otra parte a poner fin al contrato. Y, por ende, el art. 26 LCA ha omitido expresamente la mención de un incumplimiento grave o esencial que requiere tanto la doctrina como la jurisprudencia para poner fin al contrato. Esta diferencia es del todo sustancial en aquellos supuestos en los que las partes invocan la analógica de la LCA para resolver los conflictos suscitados a la terminación de los contratos de distribución; y que, como es sabido, se ha reconocido en algunos casos por los tribunales.

Ante la falta de concreción del legislador español de la LCA, resulta destacable la solución que ofrecen sobre este extremo la doctrina y jurisprudencia francesa<sup>586</sup>; que no es otra que la imposibilidad de continuar con la vigencia del contrato si se trata de un incumplimiento grave<sup>587</sup>, tal y como dispone el art. 11.5 de la Ley del contrato de agencia francesa (1991)<sup>588</sup>. Considerando que tal precepto no determina qué incumplimientos pueden considerarse graves o esenciales, y para evitar conductas indeseadas, las partes suelen adoptar una cláusula resolutoria para el supuesto de que una de las partes incumpla gravemente el contrato<sup>589</sup>. Con todo, a modo de ejemplo, la venta de productos sin el consentimiento del mandante, la adopción de una conducta contraria a sus instrucciones, el fracaso en la exploración de la clientela, o bien, la falta de apreciación de sus

---

<sup>586</sup> No es cuestión debatida que, con la salvedad de algunas excepciones como LICARI (2002) o LE TOURNEAU (2010), la doctrina francesa no reconoce la aplicación analógica de la regulación del contrato de agencia para resolver el vacío legal de los conflictos que se suscitan a la terminación de los contratos de distribución.

<sup>587</sup> LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 1998, p. 246.

<sup>588</sup> Atendiendo a su denominación y traducción del francés, tal normativa lleva por título la Ley de las relaciones entre los agentes comerciales y sus mandantes, incluyendo su art. 11.5 la gravedad como criterio fundamental para proceder al remedio resolutorio.

<sup>589</sup> Siguiendo a MENDOZA-CAMINADE, A., *Droit de la distribution*, (Manquement d'une partie), Lextenso éditions, Paris, 2011, pp. 138- 39.

necesidades reales es consideradas conductas propias de un incumplimiento grave de un contrato agencia<sup>590</sup>.

### 3. Que la parte perjudicada o acreedora haya cumplido con la obligación requerida.

El tercero de los requisitos implica que la resolución del contrato sea únicamente decretada por la parte que cumplió con su obligación o está dispuesta a cumplirla y no por la parte incumplidora -aunque se trate de incumplimiento parcial- a menos que su incumplimiento sea la consecuencia del otro<sup>591</sup>. Excepcionalmente, no será necesario para solicitar el remedio resolutorio que la parte perjudicada o acreedora haya cumplido con la obligación requerida, si el incumplimiento de la parte perjudicada se ha visto motivado por el incumplimiento previo de la otra parte<sup>592</sup>. Con todo, el remedio resolutorio podrá solicitarse judicial y extrajudicialmente por la parte perjudicada, siempre y cuando, la obligación de que se trate sea exigible<sup>593</sup>.

Para proceder a la exigibilidad de las prestaciones se estará a la modalidad contractual adoptada las partes. En algunos contratos de colaboración, será indispensable que uno de los contratantes realice antes la prestación atribuida en el contrato para que pueda exigir después la prestación a su contraparte. Por ejemplo, en el contrato de agencia es frecuente que el agente realice los actos de comercio por cuenta y nombre ajeno, antes de que el comitente le abone las remuneraciones pactadas<sup>594</sup>. Por otra parte, en otras modalidades contractuales como la distribución o el contrato de concesión, se requiere que el proveedor o concedente proceda a la entrega de las mercancías pactadas para que el distribuidor o concesionario se disponga a comercializarlas en el mercado.

---

<sup>590</sup> Para profundizar, FERRIER, D. y FERRIER, N., *Droit de la distribution*, LexisNexis, Paris, 2014, pp. 111 y ss. A modo de ejemplo, Ferrier trae a colación las Sentencias de (Sentencias: Cass. Com, 21 juin 2011, n° 10-19.902: RJDA 12/2011, n°1020. Cass. Com, 12 févr. 2013, n° 12-12.371, Letrredistrib. 3/2012).

<sup>591</sup> Por todos, ALBALADEJO, M., *Op.cit.*, 2011, p. 115.

<sup>592</sup> En este sentido, si la obligación de una parte vence antes que la de su contraparte, esta última puede pedir la resolución aun sin haber cumplido su prestación si no tiene la obligación de cumplir desde la fecha de vencimiento de la primera. Para profundizar, ALBALADEJO, M., *Op.cit.*, 2011, pp. 116 y ss.

<sup>593</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p.1103.

<sup>594</sup> Siguiendo a LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 1998, p. 240.

En definitiva, la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones asumidas por una parte dependerá del cumplimiento de las obligaciones del reclamante, conocido como *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido regular u oportunamente)<sup>595</sup>. En este sentido, la alegación de la excepción de incumplimiento conlleva la obligación implícita de actuar de buena fe por parte del sujeto del contrato que alega la excepción. Aunque este principio no genere ningún cambio respecto a su disciplina general por tratarse de un contrato de distribución, se van a exponer algunos ejemplos:

En la STS de 12 de marzo de 2012 (RJ\2012\5003), relativa a la resolución por incumplimiento de un contrato de distribución exclusiva celebrado entre la compañía mercantil (Cadbury Schweppes Bebidas S.A., actualmente Schweppes S.A., en adelante Schweppes) y el distribuidor (D. Leonardo), no cabe la aplicación de la doctrina *exceptio non adimpleti contractus*. Si el proveedor rechaza el cumplimiento de una obligación por parte del distribuidor alegando su necesidad de compensar obligaciones pendientes no puede, a posteriori, acogerse a la *exceptio non adimpleti contractus* para justificar su incumplimiento.

Otro ejemplo de la *exceptio non adimpleti contractus* en los contratos de distribución exclusiva sería aquel supuesto en el que un distribuidor incumple el contrato. En consecuencia, el proveedor está legitimado para vender directamente en el área geográfica designada al distribuidor no cumplidor, pero no puede reorganizar su red prescindiendo del mismo y nombrando a otro en su lugar<sup>596</sup>.

---

<sup>595</sup> Respecto de los contratos de suministro o distribución, la doctrina de la *exceptio non rite adimpleti contractus* es la facultad que permite a uno de los contratantes no cumplir con su obligación justificando su negativa bien porque exista un defecto en la cosa objeto de la prestación o por su falta de integridad. Para profundizar, FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMINGUEZ, L., *El incumplimiento del contrato de suministro*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, p. 424.

En lo que respecta a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha consolidado la doctrina de la “*exceptio non adimpleti contractus*” como un derecho en el marco del carácter sinalagmático y del principio de reciprocidad de las obligaciones que permite la posibilidad de rechazar el cumplimiento de una obligación por un motivo determinado. El Alto Tribunal justifica esta facultad tratando de explicar las diferencias entre ejercer la acción resolutoria y oponer la excepción del contrato cumplido.

<sup>596</sup> ARCELIN-LÉCUYER, L., *Fiches de Droit de la distribution*, Ellipses Éditions, Paris, 2012, p. 87.

Finalmente, en lo relativo a los requisitos mencionados en el Derecho comparado, la resolución por incumplimiento opera igualmente como causa de extinción de los contratos de distribución. Esto es, cuando se trate de un incumplimiento grave y la parte perjudicada haya cumplido o estuviere dispuesta a hacerlo. Tal afirmación es apreciable tanto en los ordenamientos jurídicos continentales como en los que forman parte de la órbita del *Common Law*<sup>597</sup>. Hasta la reforma del *Code Civil* francés de 2016, la resolución por incumplimiento operaba del mismo modo en el Derecho español (art. 1124CC). Así, la parte cumplidora estaba facultada para exigir el cumplimiento del contrato u optar por el remedio resolutorio ante el incumplimiento grave de su contraparte. Sin embargo, la entrada en vigor del art. 1217 del *Code Civil* francés se amplían las posibilidades de la parte cumplidora, permitiéndole solicitar tanto la reducción o rebaja del precio acordado como una compensación por las consecuencias de la falta de ejecución.

Por su parte, el art. 1124 CC también presenta similitudes con el tratamiento que el *Common Law* otorga al incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato (*breach of contract*). En ambos sistemas, la parte perjudicada puede optar entre la exigencia del cumplimiento (*performance*) conforme a los términos pactados o la resolución contractual por incumplimiento (*rescind o discharge*) en el *Common Law*<sup>598</sup>. La resolución es, en consecuencia, el resultado del ejercicio de una facultad del acreedor que decide lo que resulta más conveniente para su propio interés<sup>599</sup>.

La extinción sobrevenida<sup>600</sup> de la relación obligatoria es instada por el acreedor con base en el incumplimiento del deudor. Respecto del *Common Law* debe distinguirse los casos de falta de cumplimiento e incumplimiento por existir causa legítima de exclusión para el deudor. La principal diferencia es que, ante este supuesto, el acreedor de la obligación

---

<sup>597</sup> En lo que respecta a la resolución por incumplimiento destacan los casos siguientes: en Reino Unido, *Osares v. Beaver Investments Ltd.* [2004], y en Estados Unidos, *Dallan v. McDonald's Corp.*, [1984], en el que el franquiciador resolvió el contrato alegando justa causa puesto que el franquiciado no cumplió los mínimos de calidad del producto ofrecido al consumidor final que exigía la marca. De hecho, en el Derecho anglosajón la máxima es “*the innocent party may in certain circumstances also have the option of withholding his own performance or bringing the contract to an end because of the other's party breach*”. Por todos, O’SULLIVAN, J. and HILLIARD, J., *The Law of Contract*, 6<sup>th</sup> Ed. OUP, (Chapter: Discharge of a contract for breach), Oxford, 2014, p. 357.

<sup>598</sup> En este sentido, GANDHI, H. V., *Franchising in the United States, Law and Business Review of the Americas*, Vol. 20, March 2014, p. 22.

<sup>599</sup> Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Op. cit.*, , 2013, pp. 8213-14.

<sup>600</sup> Para ampliar sobre el tema, CLEMENTE MEORO, M.E., *Op. cit.*, Valencia, 1998, pp. 27 y 28.

no puede reclamar la compensación de daños y perjuicios ni el cumplimiento de forma específica. Así las cosas, la única opción satisfactoria es la *rescission*<sup>601</sup>.

## V. Supuestos de incumplimiento

Una vez verificado el incumplimiento del contrato, la parte perjudicada -y, según los casos, cumplidora- elige entre la ejecución o la resolución del vínculo contractual, con la correspondiente satisfacción de los daños y perjuicios que hubiera podido producirle el incumplimiento. Por tanto, la resolución del contrato por incumplimiento requiere de la concurrencia acreditada de una falta de cumplimiento -total o parcial- por una de las partes que, a su vez, resulte grave o reiterada hasta el punto de resultar imposible la subsanación de tal resultado fallido; lo que genera unos efectos que no están sujetos a exigencia legal ni tampoco requieren de preaviso<sup>602</sup>.

En lo relativo a nuestra materia de investigación, resulta conveniente mencionar el art. 26.2 LCA<sup>603</sup>, que además ser aplicable por analogía para supuestos análogos de las relaciones distributivas, ha servido de inspiración para el legislador en el PLCD (2011)<sup>604</sup> y las Propuestas de Código Mercantil (PCM, 2013)<sup>605</sup> además de la PALCM (2018) en lo relativo al pacto resolutorio del contrato. Especialmente, en un contexto de atipicidad de los contratos de distribución por la falta de entrada en vigor del Proyecto de Ley de 2011. Con todo, los principales supuestos que afectarán al incumplimiento como causa de extinción de los contratos de distribución pueden apreciarse desde dos enfoques distintos, sobre los que se va a profundizar en el presente epígrafe:

---

<sup>601</sup>Vid. CLEMENTE MEORO, M. E., *La Resolución de los contratos por incumplimiento presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Editorial BOSCH, Barcelona, 2009, pp.37-39.

<sup>602</sup> Siguiendo a MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 275.

<sup>603</sup> El artículo 26.2 LCA establece que se dará por finalizado el contrato en los supuestos mencionados en el apartado anterior, 26.1 LCA, que son: el incumplimiento contractual o la declaración concursal de una de las partes. Asimismo, el citado precepto puntualiza que: “*el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción*”

<sup>604</sup> Vid. art. 24.3 PLCD (2011) dispone que: “*En estos casos se entenderá que el contrato finaliza con la recepción de la notificación escrita en la que conste de manera fehaciente la voluntad de dar por extinguida la relación y la descripción de la causa*”.

<sup>605</sup> La redacción del art. 543-21. 2º PCM es la siguiente: “*Se entenderá en todo caso que el contrato finaliza a la recepción de la notificación del escrito en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción*”.

- a) De un lado, el primero está íntegramente relacionado con el **principio de autonomía de la voluntad**. Esto es, si el contrato ha contemplado una cláusula de terminación que prevea el pacto resolutorio. O, por el contrario, si nada dispone el acuerdo ante el incumplimiento de lo establecido en sus estipulaciones por cualquiera de los contratantes; que dará lugar al desarrollo de las cláusulas implícitas.
- b) De otro, en el segundo enfoque se expone la amplia **casuística que aborda el estudio de los distintos supuestos de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos de distribución que pueden resultar causa de extinción**.

### 1. Previsión de supuestos del pacto resolutorio en el contrato:

En el primero de los enfoques, se parte del principio de libertad contractual de las partes y su voluntad de haber previsto o no en el contrato una cláusula de liquidación de operaciones que implique el deber de colaboración en la extinción ordenada de las pretensiones pendientes en el momento de la resolución del contrato; adoptando las previsiones<sup>606</sup>, que, de acuerdo a la naturaleza y características del contrato, sean conformes a la buena fe<sup>607</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, la regla general de la facultad resolutoria produce efectos retroactivos *ex tunc* y alcanza a los negocios que pudiera haber realizado el demandado frente a quien se pronuncia la resolución<sup>608</sup>. La regla de la retroactividad de los efectos de la resolución se apoya en la idea de que la resolución produce una ineficacia

---

<sup>606</sup> Si las partes han optado por resolver el contrato, los contratantes –proveedor y distribuidor- dejan de estar obligados a ejecutar las prestaciones pactadas y no realizadas. La finalización del contrato mediante el remedio resolutorio implica dos tipos de eficacia distintas. La primera es la eficacia liberatoria, mediante la cual las partes dejan de estar obligadas por las obligaciones contraídas. En segundo lugar, la eficacia restitutoria de la resolución implica que las partes, en virtud del art. 1123 CC, deben restituirse las prestaciones que recibieron en virtud del contrato. Para profundizar, CLEMENTE MEORO, M.E., *Op.cit. (Estudio doctrinal...)*, 2011, p. 4.

<sup>607</sup> Las partes pueden haber previsto en el contrato una cláusula relativa a la liquidación de operaciones, inspiradas en el contenido de los artículos siguientes: el art. 26.1 PLCD (2011), art. 543-23 PCM (2013), o el art. 5104-7 de la Propuesta de Código Civil elaborado por la APDC (2016). Por su parte, el art. 545-22 PALCM (2018) hace referencia a la colaboración entre las partes para la liquidación una vez terminado el contrato.

<sup>608</sup> Por todos, LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Monografías Civitas, 1ª Ed., Madrid, 1998, p. 268.

contractual sobrevenida, cuestión que ha sido objeto de controversia por un sector doctrinal<sup>609</sup>.

Sin embargo, la regla de la retroactividad de los efectos resolutorios será de aplicación para los contratos de ejecución instantánea pero no en el supuesto que se trate de relaciones contractuales duraderas, cuyas obligaciones se encuentran total o parcialmente consumadas<sup>610</sup>; como, por ejemplo, sucede en los contratos de suministro, concesión mercantil o agencia. De hecho, para los contratos de tracto sucesivo como los que preven las relaciones distributivas, la resolución no tendrá carácter retroactivo.

A modo de ilustración, destaca la STS de 17 de abril de 2001 (RJ\2001\2394), que cita a la SAP de Madrid, de 20 de noviembre de 1995, considerando que en dicho pronunciamiento se “aplicó *correctamente el art. 1124 CC a instancia de la parte cumplidora, con sus consecuencias indemnizatorias y con los efectos no retroactivos que la doctrina propone para los casos de relaciones contractuales duraderas y la jurisprudencia declara en Sentencias, por ejemplo de 20 de abril de 1994 y de 10 de julio de 1998 como «efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual»<sup>611</sup>”.*

En línea con lo anterior, la resolución del contrato no afectará a las prestaciones y contraprestaciones ya ejecutadas de modo que tendrá efectos *ex nunc* y liberará a las partes de sus obligaciones futuras<sup>612</sup>. Así lo ha reiterado recientemente el Alto Tribunal (en la STS, Sala 1ª, 4 de junio de 2020 RJ\2020\1580) en referencia a la STS, Sala 1ª, de 29 de febrero de 2012 (RJ\2012\4054). Por consiguiente, se aplicará el principio de eficacia *ex nunc* respecto de las prestaciones cumplidas y se perfeccionará el

---

<sup>609</sup> Vid. DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 872-873.

<sup>610</sup> Del mismo modo, LARA GONZÁLEZ, R., *Op.cit.*, 1998, p. 268.

<sup>611</sup> Vid. Fundamento de Derecho Tercero STS, de 17 de abril de 2001 (RJ\2001\2394) relativa a la extinción de un contrato de distribución exclusiva motivado en la resolución por incumplimiento de la distribuidora (EXPAVENT, S.A) respecto de las obligaciones contraídas la mercantil (CADYNA, S.A.)

<sup>612</sup> Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Art. 1124”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8249 y ss. En este sentido, véase la STS de 17 de abril de 2001, que reitera los efectos *ex nunc* de la resolución por incumplimiento de los contratos duraderos en la jurisprudencia del TS. Entre ellas, destacan las SSTs de 20 de abril de 1994 y 10 de julio de 1998, considerando los efectos no retroactivos *ex nunc* como “*efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual*”.

cumplimiento de las actualizaciones de las obligaciones que forman parte del sinalagma funcional.

Esta línea jurisprudencial se ha consolidado desde la STS, Sala 1ª, de 20 de marzo de 2007 (RJ\2007\2622), cuando la distribuidora -además de parte demandada y apelante- alega la inaplicación del artículo 1123 del CC y la interpretación errónea del 1124 del mismo CC. La Sala Primera del Tribunal Supremo confirma la carencia de efectos retroactivos en los contratos de larga duración al afirmar que *“los hipotéticos deberes de liquidación y de restitución que toda resolución comporta en relación con el efecto retroactivo de la condición cumplida no son de aplicación en el caso de contratos de tracto sucesivo o ejecución continuada, puesto que, en tales casos la resolución produce efectos «ex nunc», no alcanzando a los efectos que se han agotado y que no permiten volver a la situación inicial”*.

Por otra parte, la falta de previsión del pacto resolutorio en el contrato se traduce en aquellos incumplimientos que puedan deducirse implícitamente de las contraprestaciones asumidas por las partes. Así las cosas, los efectos de la resolución por incumplimiento se producen desde el momento en que se comunica a la contraparte la voluntad de finalizar el contrato<sup>613</sup>.

En materia de contratos de distribución, independientemente de cuando surtan efecto las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones asumidas, la parte perjudicada podrá optar, según los casos, por la solicitud de una indemnización económica derivada de los daños y perjuicios causados<sup>614</sup>. Entre ellas, se encuentran las inversiones

---

<sup>613</sup> Respecto de los contratos de concesión, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, 2007, p. 277.

<sup>614</sup> Si bien no nos detendremos en el presente trabajo en las consecuencias de terminación de los contratos de distribución -(quizá en un trabajo posterior)-, para hacer efectiva la indemnización de daños y perjuicios en los contratos de distribución se deberá estar al contenido del art. 1101 CC. El incumplimiento de los términos establecidos en el contrato por parte del distribuidor o concesionario excluye el derecho de esta parte a solicitar indemnización de daños y perjuicios o la compensación por clientela. Del mismo modo sucede en la indemnización por clientela cuando queda probado que el proveedor demandado no ha incurrido en incumplimiento. En este mismo sentido se pronuncia la STS de 20 de marzo de 2007(RJ\2007\2622), que sostiene: *“lo mismo mutatis mutandi es aplicable a la indemnización por clientela cuando la resolución se deriva de incumplimiento del distribuidor, puesto que se hace innecesario discurrir sobre las diversas alegaciones del motivo en relación con los preceptos y doctrina mencionada”*.

específicas de una compensación por clientela<sup>615</sup> y finalmente, cabe por determinar si procede la recompra de los productos almacenados en stock pendientes de distribución<sup>616</sup>.

No obstante, y, aún a pesar de su relevancia, no será en este trabajo donde se profundizará en los principales efectos de extinción de los contratos de distribución; sino en las causas y supuestos que motivaron su terminación. Por tal motivo, no es cuestión debatida que un simple incumplimiento pueda resultar una causa de finalización de las relaciones distributivas, pero supone, sin duda, un requisito necesario para su extinción en el supuesto de no proceder a la ejecución del contrato durante su periodo de subsanación.

### 1.1. Cláusulas expresas

Además de elegir la ley aplicable para la regulación de los contratos, las partes son libres de elegir la jurisdicción aplicable, así como el tipo de negocio de distribución, creando un pacto *ex novo* fruto de sus propios intereses<sup>617</sup>, en el que se configure incluso un incumplimiento que les permita resolver el contrato.

En este sentido, la STS, 1ª, de 3 de diciembre de 2008 (RJ\2009\670), relativa a la extinción de un contrato de concesión por incumplimiento del concesionario (Talleres y reparaciones San Cristóbal) frente al concedente (FORD España, S.A.), en la que se pone de manifiesto como las partes ejercitaron, al contratar, *“su autonomía de la voluntad y se pusieron de acuerdo –mediante la cláusula 26.d.ix- en que la resolución del vínculo viniera justificada con «efectividad inmediata» notificándola fehacientemente al concesionario”, entre otras causas, por la “falta de pago de los productos de la compañía, por parte del concesionario a Ford, de acuerdo con los términos y condiciones de la venta”, que eran las de*

---

<sup>615</sup> En lo relativo a la indemnización por clientela, véanse, entre otras, las SSTS, Sala 1ª, de 12 de junio de 1999 (relativa a la resolución por incumplimiento de un contrato de concesión entre PEUGEOT ESPAÑA, S.A. y Automóviles HIDALGO, S.A.) y la STS, Sala 1ª, de 20 de marzo de 2007. En este último pronunciamiento (STS, 20 de enero 2007) -relativo a la extinción de un contrato de prestación de servicios entre Antena 3 de Radio, S.A. y PRAVIA IMAGEN y COMUNICACION, S.L.- se desestima la indemnización de daños y perjuicios que se pedía a ANTENA 3 RADIO S.A. por el incumplimiento de la parte actora.

<sup>616</sup> En este sentido, vid arts. 5104-4 a 5104-6 de la Propuesta de Código Civil elaborada por la APDC, *Propuesta de Código Civil, Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.263-264.

<sup>617</sup> Por todos, GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1255 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo VI, Bercovitx Rodríguez-Cano, Rodrigo (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9014 y ss.

*abono al contado*. Asimismo, la citada resolución continúa advirtiendo que para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial. Y que “no cabe negar esa condición a un incumplimiento que la tenga por la voluntad expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la «lex privata» por la que quieren regular su relación jurídica y dotarla de contenido, en concreto, incorporando a su esencia la estricta observancia de la obligación de que se trate”.

Incluso pueden pactar la resolución del contrato de distribución estableciendo criterios distintos a los que la jurisprudencia faculta para resolver<sup>618</sup>. En este sentido, la posibilidad de incorporar cláusulas resolutorias es una máxima en todos los ordenamientos jurídicos, independientemente si se trata de contratos celebrados conforme a un ordenamiento jurídico ncontinental (*Civil Law*) o se concluido en la órbita del Derecho anglosajón (*Common Law*).

- a) Por ejemplo, es frecuente que en el Derecho francés las partes incorporen pactos resolutorios inmediatos para los supuestos de incumplimiento grave y reiterado. En este sentido, suele ser el proveedor o concedente quién promueve la redacción de una cláusula resolutoria en los contratos de distribución exclusiva<sup>619</sup>. Tal extremo implica el reconocimiento doctrinal prácticamente unánime de que las relaciones distributivas se pactan desde posiciones asimétricas hasta el punto de elevar al grado de principal o grave el incumplimiento de determinadas obligaciones poco favorables para distribuidores, concesionarios y franquiciados. En este contexto, son pocos los supuestos de protección por parte del legislador para estos colectivos; si bien, hay quiénes apuntan que la introducción del art. L.330-3 del *Code de Commerce*, siguiendo los parámetros establecidos en la *Loi Dubin*, de 31 de mayo de 1989, trata de velar por los intereses del distribuidor obligando al proveedor a proceder a la entrega de información precontractual. Aunque los deberes de información precontractual no conllevan ninguna obligación de resultado de negocio del proveedor para con el distribuidor, el

---

<sup>618</sup> En este sentido, CLEMENTE MEORO, M.E., *Op.cit.*, Valencia, 1998, p. 418. Sobre el desarrollo de esta idea me ocupo en el epígrafe siguiente de este capítulo, relativo a las cláusulas expresas.

<sup>619</sup> Vid. MENDOZA-CAMINADE, A., *Droit de la distribution*, (Manquement d'une partie), Lextenso éditions, Paris, 2011, pp. 138- 39.

proveedor está obligado a proceder a su entrega documental para que el distribuidor pueda informarse con anterioridad respecto de algunas cuestiones que pueden afectar también a la extinción del contrato<sup>620</sup>. De lo contrario, se impondrán al proveedor las sanciones previstas en el art. R. 330-2 del *Code de Commerce*<sup>621</sup>.

- b) Por su parte, en los ordenamientos del *Common Law*, algunos autores consideran que los posibles supuestos de incumplimiento del contrato deberían preverse de modo preventivo para evitar futuros desencuentros en el periodo de negociación del contrato (*construction of the contract*)<sup>622</sup>. Así, proveedor y distribuidor pueden convenir que un determinado pacto se convierta en condición (*condition*) cuyo incumplimiento faculta a la otra parte para resolver el contrato. Con todo, en los distintos ordenamientos existentes en el Derecho anglosajón se distingue entre las cláusulas resolutorias expresamente estipuladas en el contrato y las que se derivan implícitamente del contenido o de la conducta de las partes.

Como se ha expuesto, los contratos de distribución suelen incluir cláusulas resolutorias que permiten poner fin al contrato ante el acontecimiento de determinados supuestos. Sin embargo, para proceder a la resolución del contrato, su contenido debe establecer con claridad qué casos suponen un incumplimiento esencial o sustancial<sup>623</sup>. En los contratos de distribución, caracterizados por la confianza *inter partes*, las partes pueden elevar la condición de principal una obligación que tan sólo tiene una importancia accesorio. También pueden establecer que un determinado incumplimiento sin suficiente relevancia

---

<sup>620</sup> En este sentido, los deberes de información precontractual (en francés, *Document d'information precontractuel*, en adelante, DIP) aportación información relativa a las perspectivas de desarrollo de ese sector del mercado correspondiente, sobre la importancia de la red de explotación, la duración del contrato, las condiciones de renovación, la extinción del contrato y el ámbito de exclusividad. Estos últimos tres aspectos (condiciones de renovación, extinción del contrato y ámbito de exclusividad) están directamente relacionados con tres de los supuestos de incumplimiento más frecuentes por parte del distribuidor. En particular, el incumplimiento de los objetivos fijados, -en especial, la cláusula de venta mínima-, incumplimiento del pacto de exclusiva- y pacto de no competencia.

<sup>621</sup> Sobre el incumplimiento de los deberes de información precontractual en el Derecho francés, vid. DISSAUX, N., "L'information précontractuel du franchisé: un joyeux anniversaire?", *La Semaine Juridique*, nº 5, 2010, pp. 236 y ss.

<sup>622</sup> En esta línea, CARTER, J.W., "Commercial Construction and Contract Doctrine", *Journal of Contract Law*, Vol. 25, 2009, pp. 83-94.

<sup>623</sup> Cuando las partes pactan una condición expresa que conlleve el incumplimiento de una obligación principal del contrato, "no puede prescindirse del posterior enjuiciamiento sobre si el incumplimiento de esa obligación es esencial o no tenía gravedad resolutoria". Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., "Art. 1124", en *Comentarios al Código Civil*, p. 8237.

objetiva faculte al acreedor para resolver el contrato si se frustra el objetivo final del contrato. Sin embargo, ¿hasta qué punto los tribunales deben validar dichos pactos establecidos por las partes?

#### a) Limitaciones de las cláusulas previstas

Las partes pueden pactar en los contratos de distribución lo que estimen por conveniente, siempre que no se excedan de las limitaciones establecidas en el artículo 1255 CC -ley, moral y orden público<sup>624</sup>-. Estas cláusulas expresas prevalecerán sobre las posibles deducciones de interpretación que se desprendan de las cláusulas implícitas del contrato, en ausencia de pacto.

Igualmente, la jurisprudencia española subordinará la facultad resolutoria al principio de la buena fe<sup>625</sup>, conforme a los arts. 7.2CC<sup>626</sup> y 1258 CC y 57 CCom. De este modo, se limita la libre elección de remedios considerando las reglas de equidad a las que pueden acogerse los tribunales (art. 3.2 CC). Los tribunales revisarán los pactos y podrán declarar inválidos aquellas condiciones que -aunque hayan sido acordadas por las partes- resulten abusivas para uno de los contratantes<sup>627</sup>.

En línea con lo anterior, resulta conveniente, en este punto, proceder al análisis de las cláusulas que prevén el remedio resolutorio en los contratos de distribución. Concretamente, distinguimos entre las siguientes cláusulas:

---

<sup>624</sup> Los pactos, cláusulas y condiciones del art. 1255 CC –como límites generales a la libertad contractual– son considerados por parte de la doctrina como elementos sinónimos. Sin embargo, cada uno de ellos tiene una dimensión propia que igualmente pretende evitar el abuso de Derecho. Para profundizar, vid., GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1255 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9014 y ss.

<sup>625</sup> La STS de 8 de noviembre de 2012 hace hincapié en la importancia de la buena fe basándose en el contenido de los arts. 57 CCom. Esto es, sin tergiversar el contenido con interpretaciones arbitrarias al sentido propio de las palabras escritas, ni restringir los efectos que se deriven del modo con el que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.

<sup>626</sup> El artículo 7.1 CC establece que los derechos deberán ejercerse conforme a las exigencias de la buena fe. Con todo el legislador explica en el apartado 2º de dicho precepto qué se entiende por buena fe. Esto es “*todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero...*”. La consecuencia de sobrepasar esos límites –continúa dicho artículo– “*dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*”.

<sup>627</sup> Las cláusulas abusivas derivadas de una relación de adhesión resultan asimismo inválidas a la luz de la STS de 12 de junio de 1999.

**a) Las cláusulas resolutorias impuestas por una de las partes a su contraparte en lo que podríamos denominar contratos de adhesión.**

En este sentido, es probable que los jueces y tribunales estimen como cláusulas abusivas aquellas que han sido previstas en los contratos de distribución fijados unilateralmente por una de las partes, en la medida que se trata de una condición previamente redactada y que su contenido no ha sido objeto de negociación. La parte débil del contrato –principalmente, el franquiciado o el distribuidor salvo que se trate de contratos relativos a la cadena alimentaria- no ha podido influir en su contenido, por lo que debería tenerse como nula y por no puesta.

Sin embargo, también hay supuestos en los que no se ha producido tal contrato de adhesión pese al reconocimiento del escaso poder de negociación del franquiciado, tal y como se advirtió en el Fundamento de Derecho Segundo de la SAP de Madrid, de 14 de febrero de 2020, (AC\2020\494), relativo a la extinción de un contrato de franquicia celebrado entre la entidad franquiciadora de restauración (Vips Franchising, S.L.) y la sociedad Sigla S.A., consecuencia del incumplimiento de la franquiciada. Tal afirmación viene motivada, según se desprende de tal pronunciamiento, de la relación profesional de ambas partes puesto que tal pacto se concluyó entre empresarios experimentados y no con consumidores. Por tal motivo, resulta conveniente traer a colación la argumentación esgrimida por la Audiencia Provincial de Madrid al respecto, que advirtió lo siguiente:

*“En cuanto al carácter de contrato de adhesión, la parte actora no niega que en las cuestiones esenciales el contrato no era susceptible de negociación, pero en todo caso, como establece la SAP, de Madrid, de 27 de octubre de 2017, (JUR/2017/297468): “Que las cuestiones de mayor transcendencia del contrato no fuesen susceptibles de negociación, por criterio firme de la franquiciadora, esto es, que se tratase de un contrato de adhesión a partir de una fórmula tipo para todos los franquiciados, del que los contratos que se firmaban solo diferían*

*en pormenores que no afectaban a las líneas maestras y básicas del negocio, no implica que el contrato haya de tenerse pervertido de una tan grave y leonina desproporción entre las prestaciones y obligaciones a cargo de una parte y otra que haya de ser tenido por nulo por necesaria falta de una declaración de voluntad consciente e informada por parte del adherente o que exija de una corrección por desorbitado o desproporcionado, en atención a lo preceptuado en de los artículos 1255, 1275 y 7, apartados uno y dos, 1258, y 1154, todos ellos del CC). No estamos ante un contrato entre un profesional y un consumidor, sujeto a las previsiones del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU) y otras leyes complementarias y a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 y artículo 8.2 de la LCGC ). Como se dice en la STS, Sala 1ª, de 30 de abril de 2015 (RJ\2015\2019), en nuestro ordenamiento jurídico las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1255 CC, y en especial, las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 de la LCGC <sup>628</sup>”.*

---

<sup>628</sup> Por tanto, no es atribuible tal desequilibrio entre las partes alegado por el franquiciado cuando se ha demostrado que éste estudió el negocio durante un año (que no, veinte días como establece la LOCM), siendo las partes profesionales y expertos empresarios. Pero es que además, en este supuesto, de la documentación aportada y de la testifical del Sr. Leandro, se extrae que durante un año se estuvo estudiando/negociando el traspaso de la unidad, siendo las partes profesionales y expertos empresarios, no pudiendo acoger, por todo lo expuesto, que exista el desequilibrio alegado. Especialmente, cuando se ha transmitido por parte del franquiciador la entrega del “know how” al franquiciado para poder llevar a cabo el desarrollo de la actividad económica de éxito probada por el franquiciador (En el caso del modelo de restaurante Vips, existe desde 1969 contando con 80 restaurantes en Madrid de los que el 95% arrojan beneficios). Con todo, el contrato de franquicia no implica la obligación de transmitir un negocio con éxito porque el *know how* no hace referencia al resultado concreto de uno de los establecimientos o unidades, sino al sistema de comercialización o negocio. El fracaso del presente negocio, tal y como se advierte en el Fundamento de Derecho Segundo es que, con carácter previo a la explotación del modelo de franquicia, el franquiciado ya estaba explotando el local de forma directa con pérdidas reiteradas y que, pese a la decisión de franquiciarlo, procedió a forzar situaciones económicas diversas y estudió la operación un dilatado

Por otra parte, no es infrecuente en la práctica que el proveedor trate de imponer el precio final de venta de los bienes y servicios que comercializa el distribuidor, considerada esta práctica prohibida por falsear la oferta y la demanda del mercado nacional y de la UE, tal y como se deduce del art. 101 TFUE. Con todo, como se profundizará más adelante, la fijación de precios por parte del proveedor puede también condicionar el incumplimiento de otras obligaciones establecidas en el contrato de distribución. Este es el supuesto de los objetivos mínimos que implican las cláusulas de venta o compra mínima que, de incumplirse, puede acelerar el remedio resolutorio y sin la necesidad de respetar el plazo de preaviso<sup>629</sup>.

#### **b) Los pactos resolutorios que han sido establecidos por ambas partes**

Si las partes han establecido de mutuo acuerdo el contenido del pacto resolutorio, los pactos resolutorios deberán respetar el contenido de los arts. 1256 y 1258 CC, además del art. 57 del CCom<sup>630</sup>.

No obstante, puede resultar complejo averiguar si verdaderamente el contenido del acuerdo adoptado por las partes se ha adquirido de mutuo acuerdo. En numerosos casos, la parte fuerte de la relación distributiva impone a la débil un criterio que deberá suscribir si tiene verdadero interés de comercializar sus productos.

A modo ilustrativo, destaca un pronunciamiento ya referenciado en el desistimiento que también reúne las consecuencias de la resolución por incumplimiento del contrato. Se trata , de la STS, Sala 1ª, de 9 de julio de 2008 (RJ\2008\4369), relativa a la extinción de un contrato de distribución entre la proveedora (COCA COLA)

---

periodo de tiempo. Para profundizar, vid. Fundamento de Derecho Segundo de la SAP de Madrid, de de Madrid, de 14 de febrero de 2020, (AC\2020\494).

<sup>629</sup> Sobre el incumplimiento de los objetivos de venta mínimos y la falta de respeto del periodo de preaviso por la parte que decida desistir del contrato, se profundizará más adelante dentro de un epígrafe V. (Modalidades de supuestos de incumplimiento, apartados 2.3 y 2.5 respectivamente) en este mismo capítulo.

<sup>630</sup> El art. 57 C.Com. dispone: “*Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones*”.

y el distribuidor (ENVASADOS DEL SUR, S.A.), en la que, las partes acordaron establecer un plazo de preaviso de tan sólo siete días. En este sentido, resulta poco creíble que el distribuidor estuviera interesado en determinar un plazo de preaviso de siete días, cuando la LCA –que se utilizaba como referente analógico– disponía de un periodo de un mes por cada año de contrato celebrado hasta un máximo de seis. En cambio, de acuerdo con ese pacto contractual, la Sala 1ª del Tribunal Supremo se pronunció indicando que, con independencia del plazo de preaviso previsto en la LCA para el agente desistido, debe de atenerse al respeto de lo libremente pactado por las partes. De lo contrario, se vulneraría la Jurisprudencia de esta Sala además de generar inseguridad jurídica para las partes.

Por su parte, la doctrina ha vetado la incorporación de cláusulas sorpresivas<sup>631</sup> o aquellos pactos que desvirtúen las expectativas razonables<sup>632</sup>. Como se ha indicado, los contratos de distribución son, generalmente, prerredactados e impuestos de forma unilateral por el proveedor o concedente a los distribuidores<sup>633</sup>. También en los contratos de franquicia, cuyos franquiciadores establecen sus indicaciones para que el franquiciado mantenga el saber hacer (*know how*) de su marca y la esencia de su firma. Sin embargo, tanto en los contratos de distribución como en los de franquicia, los distribuidores y los franquiciados deben estar de acuerdo con los términos propuestos por su contraparte, en la medida que quieren formar parte de la red de distribución. Es más, en el caso de las franquicias, los franquiciadores tienen la obligación de haber puesto a disposición del franquiciado los

---

<sup>631</sup> La jurisprudencia ha considerado abuso de derecho o conducta desleal el ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada. Para profundizar sobre este extremo, vid. STS, Sala 1ª, de 21 de noviembre de 2005 (RJ\2005\7677).

<sup>632</sup> La importancia del principio de razonabilidad en la órbita del Derecho anglosajón es muy notable, si bien, cada vez es más frecuente su mención por la literatura del Derecho continental, asimilándolo, en ocasiones a la doctrina de la buena fe. Sobre el tema puede verse el trabajo de CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M.C., “Control de las condiciones de contratación en los contratos celebrados entre empresarios: perspectiva comparada y perspectiva de futuro”, en VIERA GONZÁLEZ, ECHEBARRIA SÁENZ, RUIZ PERIS (Dir.), *La reforma de los contratos de distribución*, Ed. La LEY, 2013, pp. 298 y ss. Del mismo modo, NAVARRO LÉRIDA, M.S., “La vulneración de los pactos del contrato de distribución como acto de competencia desleal”, en ALCALÁ DÍAZ, M.A. (Dir.), *Los Contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Wolters Kluwer, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 284.

<sup>633</sup> Para profundizar, ALCALÁ DÍAZ, M.A., “El pacto de duración y extinción anticipada de los contratos de distribución”, en *Los Contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2015, p. 200.

deberes de información precontractual con un plazo anterior a veinte días de la celebración del contrato<sup>634</sup>.

En determinados sectores distributivos es muy frecuente que el clausulado de sus contratos esté condicionado por las características del producto o servicio, de su red de distribución y del sector económico. A modo ilustrativo, no es infrecuente en Francia que, en determinados sectores, como es el caso de la cerveza (*le contrat de bière*) y de los hidrocarburos (*le contrat des pompistes*)<sup>635</sup>, los contratos dispongan de un clausulado en los que, según la casuística, se aplique con prioridad el remedio resolutorio.

Ahora bien, al margen de que las partes incluyan cláusulas que contemplen el remedio resolutorio, los acuerdos relativos a las condiciones generales deberán respetar los criterios de inclusión y control de contenido que se regulan en la normativa aplicable<sup>636</sup>. Y, en este sentido, la misma validez dispondrán los límites impuestos por los contratantes según lo dispuesto en el art. 1255 CC; como las disposiciones recogidas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) de obligado cumplimiento para las partes.

Dicho lo anterior, si una de las partes acuerda cualquier cláusula contractual contraria a la Ley, a la moral y al orden público, se considerará nula de pleno derecho. Los efectos derivados del artículo 6.3 CC daría por no puesta la citada cláusula mientras el resto del contrato queda vigente. En este sentido, cabe señalar que algunas cláusulas de los contratos de distribución pueden ser contrarias a la ley, siendo por tanto nulas de pleno derecho y tenidas por no puestas.

En virtud de lo anterior, resulta de interés la actitud paradójica del legislador español respecto a los contratos de distribución. Si bien son contratos que han recibido especial atención por parte del Derecho de la competencia, no dejan de ser figuras contractuales atípicas dada la ausencia de regulación en lo que respecta a los aspectos sustantivos. Por

---

<sup>634</sup> El deber de información precontractual en las redes de franquicia fue instaurado por el artículo 62.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y el artículo 3 del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero.

<sup>635</sup> En este sentido, vid. LAMBERT, T., “Le contrat de bière: l’exclusivité en voie de disparition forcée ou de l’évolution contrainte d’un mode de distribution”, *JCP* 2007, (nº 41, 11 oct 2007, 2233), p. 16 y MENDOZA-CAMINADE, A., *Droit de la distribution*, cit. pp. 122 y ss.

<sup>636</sup> Por todos, véase, NAVARRO LÉRIDA, M.S., *Op. cit.*, , Barcelona, 2015, p. 283.

tal motivo, las partes ven limitada su autonomía de la voluntad en algunos aspectos que conforman el contenido del contrato en lo relativo a las disposiciones normativas del Derecho de competencia.

Ciertamente, las partes no pueden pactar acuerdos verticales que comportan limitaciones en la libertad de actuación de los distribuidores. Por ejemplo, en el otorgamiento de venta en exclusiva en un determinado territorio, mediante la imposición de condiciones comerciales en materia de aprovisionamiento, posibles limitaciones en los precios de reventa o cuestiones publicitarias. Todos estos acuerdos restringen la competencia y están prohibidas por las siguientes disposiciones:

- a) De un lado, el art. 1.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), prohíbe la realización de prácticas empresariales que impiden la existencia de competencia en el mercado. De este modo, están prohibidas en las relaciones distributivas las prácticas colusorias que falseen o impidan la competencia en todo o en parte del territorio nacional.
- b) De otro, los contratos de distribución se rigen también por el Derecho europeo de la competencia<sup>637</sup>, quedando sujetos a las prohibiciones de acuerdos restrictivos<sup>638</sup> que falsean tanto la oferta y como la demanda. Como se ha mencionado, dichos supuestos se regulan en nuestro ordenamiento jurídico en la LDC<sup>639</sup> y en Derecho de la Unión Europea, en el art. 101 TFUE<sup>640</sup> (anterior art. 81 TCE). Igualmente,

---

<sup>637</sup> Las bases del Derecho europeo de la competencia aparecen inspiradas en la labor pionera del Derecho *antitrust* estadounidense, cuya fuente originaria fue la Ley Sherman (Sherman Act) de 1890 -en la que se establecían diferentes tipos de prohibiciones- seguidas de la *Ley Clayton* (1914) y de la *Ley de Comisión Federal de Comercio* (1914).

<sup>638</sup> Los acuerdos verticales celebrados entre empresas no competidoras no tienen por objeto limitar la competencia entre quienes los suscriben, sino concentrar las actividades de cada uno de los partícipes en aquellas que les son propias. Esto es, reducir los costes de distribución, maximizar las inversiones, facilitar la distribución del producto asegurando su abastecimiento y aumentar la competencia entre las distintas marcas que concurren en el mercado. Con todo, estos acuerdos comportan limitaciones para los distribuidores.

<sup>639</sup> Véase la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional en los Mercados y la Competencia, que procede a la creación de la Comisión Nacional en los Mercados y la Competencia, que integró a la Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Comité de Regulación Ferroviario, la comisión de la Regulación Económica Aeroportuaria, la Comisión Nacional de Sector Postal, entre otros.

<sup>640</sup> El art. 101 TFUE establece que “*serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir,*

el TFUE regula la prohibición de abuso de posición dominante en el mercado en su art. 102 TFUE<sup>641</sup> (*ex art. 82 TCE*).

Estos límites a la autonomía de la voluntad están relacionados con la materia objeto de estudio, por dos motivos. El primero de ellos es que los acuerdos verticales que prevean prácticas anticoncurrenciales entre las partes de la relación distributiva son nulos. La nulidad afectará únicamente a la dicha cláusula del contrato por lo que el resto del contrato seguirá vigente y no se producirá su extinción. En segundo lugar, las cláusulas del pacto de exclusiva, de cumplimiento de objetivos o de competencia pueden contener tanto prácticas colusorias como pactos resolutorios. De modo que, si el distribuidor incumple sus obligaciones, se aplicaría el remedio resolutorio como causa de extinción del contrato. En este contexto, cabe traer a la colación un pronunciamiento en el que se ha aplicado el Derecho de competencia a los contratos de distribución:

La STS, Sala 1<sup>a</sup>, de 10 de mayo de 2011, (RJ\2011\3852) relativa a la extinción de un contrato de distribución de carburantes entre la proveedora de combustible (CEPSA Estaciones de Servicio S.A.) y el distribuidor (LAS PEDROÑERAS, S. L.). En el presente supuesto, el distribuidor solicitó la nulidad del contrato alegando la concurrencia de cláusulas ilegales del precio fijo de reventa además de la inclusión de pactos de exclusiva de duración superior a la permitida. Por su parte, CEPSA Estaciones de Servicio, S.A., niega las causas de nulidad y solicita la resolución contractual por incumplimiento por parte del distribuidor.

---

*restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva y subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones”.*

<sup>641</sup> Por su parte, el art. 102 TFUE dispone que “*será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”.*

De la citada Sentencia puede extraerse que los contratos de distribución están sujetos a las prohibiciones de las restricciones verticales del art. 81 TCE -hoy art. 101 TFUE- y a las exenciones reglamentarias<sup>642</sup>, tal y como establece el Derecho de la competencia<sup>643</sup>. Sin embargo, en el presente pronunciamiento de la Sala 1ª, el Tribunal advierte que “*no se aprecian en el contrato ninguna prohibición ni se establece ninguna cláusula que vulnere el art. 81 TCE (hoy art. 101 TFUE)*”. Por tal motivo, ni se requiere que dichas cláusulas se acojan a las excepciones referidas ni procede calificar de precio de venta fijo cuando se autoriza a hacer descuentos a los clientes a cargo de las comisiones, siempre que, los márgenes comerciales permitan una posibilidad real de descuento. Por el contrario, sí que se han acreditado los graves y reiterados incumplimientos por parte del distribuidor; lo que permite al proveedor resolver el contrato de distribución.

Igualmente, se desprende de la citada Sentencia del Alto Tribunal que las restricciones del art. 101 TFUE no son aplicables a los contratos de agencia, dado que el agente no es un operador independiente respecto de la empresa proveedor.

#### **b) La introducción de cláusulas penales en los pactos resolutorios**

Además de los pactos resolutorios, las partes pueden prever cláusulas penales para el supuesto de incumplimiento de algunas de las obligaciones establecidas en el contrato. En estos supuestos, la contraparte no sólo queda legitimada para la resolución del contrato por incumplimiento sino para la solicitud de una indemnización que incluya los daños ocasionados además del abono de la sanción indicada en la cláusula penal. No obstante, también es posible que las partes hayan acordado unas obligaciones con cláusula penal, en las que dicha pena sustituya a la indemnización de daños y el abono de los intereses derivados de la falta de cumplimiento tal y como establece el art. 1152 CC<sup>644</sup>. La función

---

<sup>642</sup> El artículo 101.3 TFUE y el art. 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) establecen un sistema de exenciones legales para aquellos acuerdos verticales que contribuyen a la mejora de la producción o a la distribución y al fomento del progreso técnico o económico, de modo que los consumidores pueden beneficiarse de los mismos, y no se elimina totalmente la competencia.

<sup>643</sup> Vid. el Fundamento de Derecho Quinto de la STS, Sala 1ª, de 10 de mayo de 2011 (RJ\2011\3852). Asimismo, el citado pronunciamiento cita, entre otras resoluciones, la STSS del Alto Tribunal 15 de enero, 5 de mayo y 3 de septiembre de 2010 (esta última objeto de estudio), y 8 de febrero de 2011, en las que aplicado el Derecho de competencia en los contratos de distribución.

<sup>644</sup> El art. 1152 CC establece que “*en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado*”. Ahora bien, especifica el Código, “*sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere*

penal de este tipo de cláusulas se pone de manifiesto en el momento que proceden a sancionar el incumplimiento mediante la imposición del pago de una cantidad dineraria a la parte incumplidora.

En este sentido, así lo exponen las SSTS, Sala 1ª, de 8 de junio de 1998, (RJ\1998\4284) relativa a un contrato de arrendamiento de industria y de 12 de enero de 1999 (RJ\1999\36) referente a un contrato de suministro, que sostienen: *“El artículo 1152 del Código Civil autoriza a insertar en las relaciones obligacionales una cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios”*.

Ciertamente, resulta posible prever cláusulas penales incluso para el supuesto de un incumplimiento parcial o defectuoso. En estos casos de incumplimiento, el art. 1154 CC dispone que procede la moderación judicial de la pena en términos de equidad, cuando el deudor hubiera cumplido, en todo o en parte, la obligación principal<sup>645</sup>. La moderación judicial pone el acento en la necesidad de mantener la proporcionalidad entre la pena convenida para el caso de incumplimiento total y la exigible como consecuencia del incumplimiento parcial.

Así lo ponen de manifiesto la STS, Sala 1ª, de 23 de octubre de 2012 (RJ\2013\1542), relativa a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva, en la que se plantea la posible aplicación del art. 1154 CC. En este supuesto, el Alto Tribunal no estimó aplicable la facultad moderadora del art. 1154 CC porque *“no se cumplía el presupuesto legal de un incumplimiento parcial o defectuoso de la obligación, ya que la cláusula*

---

*exigible conforme a las disposiciones del presente Código”*. De las obligaciones con cláusula penal, vid. Arts. 1152 y ss CC (en particular, arts. 1153, 1154 y 1155 CC).

<sup>645</sup> El art. 1154 CC dispone que *“El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”*.

*penal se había previsto precisamente para el incumplimiento de una obligación parcial del pacto de exclusiva<sup>646</sup>”.*

Asimismo, conviene plantearse si es posible moderar la responsabilidad de la cláusula penal en virtud del art. 1103 CC<sup>647</sup>, aún cuando no se ha permitido proceder a la modificación del art. 1154 CC por concurrir un incumplimiento total de la obligación. Para abordar la respuesta, se toma de nuevo como ilustración la mencionada Sentencia, en la que se ha construido un análisis comparativo de ambas instituciones para determinar en qué medida resultan incompatibles.

*La STS, Sala 1ª, de 23 de octubre de 2012, afirma que “no cabe duda de que procede la moderación de la cláusula penal ex art. 1154 CC en caso de incumplimiento parcial de la obligación, al margen de que haya sido debido a una conducta dolosa, pues de lo que se trata es de mantener la proporcionalidad entre la pena convenida para el caso de incumplimiento total y la exigible como consecuencia del incumplimiento parcial. Por contra, en estos casos de incumplimiento parcial de la obligación ocasionado por una conducta dolosa en ningún caso cabría la moderación ex art. 1103 CC, que presupone la negligencia en la conducta causante del daño”.*

Los motivos que alega el Tribunal Supremo en este pronunciamiento para considerar improcedente la aplicación del art. 1103 CC están directamente relacionados con la interpretación del citado precepto. Igualmente, cabe afirmar que, si el incumplimiento parcial es consecuencia de una conducta dolosa, no cabría la moderación de la indemnización prevista en el art. 1103 CC.

Por ejemplo, para los contratos de distribución resultaría conveniente traer a colación la siguiente afirmación: *“El recurso entiende que no cabe considerar la violación de un pacto de exclusiva en un contrato de*

---

<sup>646</sup> Vid. Fundamento de Derecho Décimo Cuarto de la STS, Sala 1ª, de 23 de octubre de 2012 (RJ\2013\1542).

<sup>647</sup> El artículo 1103 CC establece que *“la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”*

*distribución como un incumplimiento negligente y, por ello, no cabe aplicar la potestad moderadora del art. 1103 CC*". Por tal motivo, añade el referido pronunciamiento (STS, Sala 1ª, 23 de octubre de 2012) que: *"los hechos declarados probados deben subsumirse, en su caso, en el art. 1102 CC, como incumplimiento doloso y, por tanto, en modo alguno existiría posibilidad alguna de moderación"*.

Al margen de la citada interpretación, el presente supuesto nos sirve para poner de manifiesto las puntualizaciones siguientes:

- a) Las partes habían pactado una determinada cláusula penal no sujeta a moderación. Por lo que no cabe la aplicación del art. 1103 CC por tratarse de un incumplimiento total y absoluto del proveedor (demandado), ni tampoco es posible hacer uso de la facultad moderadora<sup>648</sup>. En este sentido, el TS apunta *que "el pacto de exclusiva previsto en el contrato de distribución llevaba anudado una cláusula penal que no permite moderación al amparo del art. 1154 CC"*.
- b) Si las partes hubieran previsto tal cláusula de moderación en el contrato, debe prevalecer la cláusula expresamente acordada sobre las posibles interpretaciones jurisprudenciales<sup>649</sup>. En este sentido, se ha pronunciado la referida Sentencia cuando advierte que: *"Con independencia de su carácter indemnizatorio y/o sancionador, la facultad discrecional del juez de moderar el montante de la indemnización en caso de incumplimiento de la obligación por negligencia prevista en el art. 1103 CC, no puede operar frente a lo convenido por las partes, en una previsión que debe presumirse alcanzaba también a este supuesto"*.
- c) Los límites de autonomía de la voluntad entre las partes son la ley, la moral y el orden público, además del principio de la buena fe, que también se ha puesto de manifiesto por los tribunales al manifestar que: *"No cabe la moderación del art.*

---

<sup>648</sup> Al igual que el art. 1154 CC exige un cumplimiento parcial de la obligación para poder hacer uso de la facultad moderadora, el art. 1103 CC exige un incumplimiento parcial para que pueda ser aplicado.

<sup>649</sup> En este sentido, vid. la STS, 23 de octubre de 2012 (RJ\2013\1542), cuando establece: *"En nuestro caso, las partes habían pactado una determinada cláusula penal, de cuya validez no se ha dudado en este pleito. Con independencia de su carácter indemnizatorio y/o sancionador, la facultad discrecional del juez de moderar el montante de la indemnización en caso de incumplimiento de la obligación por negligencia prevista en el art. 1103 CC no puede operar frente a lo convenido por las partes"*.

*1103 CC no porque no proceda por tratarse de un incumplimiento total de la obligación, sino porque rige la fuerza vinculante del pacto que, aunque suponga un agravamiento de la responsabilidad, constituye una forma de tutela reforzada del crédito, de cuya validez y eficacia debemos partir, salvo que se exceda de los límites legales previstos respectivamente en los arts. 1255 y 1258 CC”.*

## **1.2. Cláusulas implícitas**

Como es sabido, el art. 1124 CC reconoce a la parte perjudicada la facultad resolutoria del contrato ante determinados supuestos, y, por consiguiente, su extinción. En esta línea, el apartado 1 del artículo 1124 del Código Civil va más allá del reconocimiento expreso de las cláusulas resolutorias contempladas en el contrato al disponer que: *“la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe”*.

Por lo tanto, del art. 1124 CC se desprende que la parte perjudicada está legitimada para exigir el cumplimiento, o bien, para practicar el remedio resolutorio en dos supuestos: tanto si se trata de un incumplimiento previsto expresamente en el contrato como para aquellos supuestos en los que las partes no hayan dispuesto previsión alguna. Y, debido a la falta de cumplimiento de una de las partes, la otra está autorizada a la aplicación del remedio resolutorio.

En el sector distributivo, al igual que en el resto de los contratos, las partes deberán comportarse conforme al principio de buena fe, respetando los arts. 1256 CC<sup>650</sup> y 1258 CC y, sin tergiversar el contenido del pacto con interpretaciones arbitrarias al sentido propio de las palabras escritas. Tampoco podrá restringir los efectos derivados de la voluntad de los contratantes ni el contenido de las obligaciones acordadas. En este contexto serán de aplicación las cláusulas implícitas en la medida que, si una parte incumple, la otra estará facultada para proceder al remedio resolutorio.

---

<sup>650</sup> El art. 1256 CC establece: *“La validez y el cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*.

Dicho lo anterior, en ausencia de pacto que permita la resolución del contrato de distribución por incumplimiento de las obligaciones acordadas, la parte perjudicada podrá acogerse a la excepción *non adimpleti contractus* para ralentizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos o incluso dejar de cumplir con sus obligaciones si su contraparte incumple. Del mismo modo, se requiere que la parte que exige la ejecución de la conducta pactada haya cumplido previamente con la realización de su obligación<sup>651</sup>.

A modo de ejemplo, en un contrato de distribución exclusiva, si el distribuidor incumple las obligaciones previstas en el mismo, el proveedor o concedente podrá vender directamente en el área geográfica designada al distribuidor no cumplidor, pero no podrá reorganizar su red prescindiendo del mismo y nombrando a otro en su lugar<sup>652</sup>. Por tanto, la parte lesionada –sea distribuidor o proveedor- se sirve de la excepción *non adimpleti contractus* para justificar el abandono de su cumplimiento en un contrato sinalagmático, dado que la otra parte ha incumplido previamente.

Sin embargo, la ausencia de una cláusula resolutoria en los contratos de distribución no impide que la parte perjudicada negocie extrajudicialmente. O bien, acuda a los tribunales para que éstos examinen la gravedad del daño causado y, si lo consideran conveniente, procedan a la resolución del contrato.

### 1.3. Cláusulas resolutorias expresas e implícitas en el Derecho comparado

Aunque en el Derecho comparado el tratamiento jurídico de la resolución por incumplimiento comparte semejanzas, existen también algunas diferencias respecto del art. 1124 CC que nos hace valorar la necesidad de actualizar la teoría general de obligaciones y contratos, en general y el contenido de dicho precepto, en particular.

- a) Entre los ordenamientos jurídicos de Derecho continental, cabe mencionar el art. 1217 del *Code Civil* francés que, al igual que nuestro art. 1124 CC, exige

---

<sup>651</sup> Como se ha expuesto anteriormente, los requisitos para proceder a la resolución por incumplimiento del contrato son los siguientes: que se trate de un pacto con prestaciones recíprocas para las partes, que el deudor haya incurrido en un incumplimiento grave y reiterado y, finalmente, que la parte perjudicada o acreedora haya cumplido con la obligación requerida.

<sup>652</sup> Por todos, ARCELIN-LÉCUYER, L., *Fiches de Droit de la distribution*, Ellipses Éditions, Paris, 2012, p. 87.

ante la falta de cumplimiento bien el cumplimiento específico pactado; o bien, la resolución del contrato como causa de extinción. De hecho, en virtud del art. 1220 *Code Civil*, la parte podrá suspender el incumplimiento o proceder al incumplimiento anticipado cuando tenga certeza que su contraparte no podrá cumplir en tiempo y forma, con las consecuencias que tal falta de cumplimiento le ocasionen. Por otra parte, alguna novedad significativa respecto del Código Civil español se producirá en el caso de que el acreedor de la relación distributiva reafirme, en función el art. 1223 del *Code Civil*, reiterar el cumplimiento de su prestación a su contraparte, pero, dadas las circunstancias, admita un cumplimiento imperfecto; en cuyo caso, podrá solicitar una reducción proporcional del precio<sup>653</sup>. Sin embargo, todavía no se ha previsto en el Derecho francés el denominado principio de segunda oportunidad que permite al deudor la subsanación del incumplimiento, tal y como disponen el art. 24 PLCD (2011) -para los contratos de distribución- o el art. III-3:201 DCFR<sup>654</sup> (Parte general del DCFR).

- b) Por otra parte, existen diferencias en lo que respecta a las cláusulas implícitas entre el *Common Law* y los ordenamientos europeos continentales. En general, no es cuestión debatida la principal diferencia entre ambas familias en el momento de afrontar un incumplimiento de las prestaciones del contrato. Generalmente, mientras que el derecho al cumplimiento específico está reconocido en los ordenamientos jurídicos continentales, en el *Common Law* el remedio del *specific performance* actúa de forma secundaria frente a la resolución del contrato; por lo que la compensación por daños y perjuicios (*damages*) es, sin duda, el remedio preferente<sup>655</sup>. No obstante, son destacables incluso claros contrastes entre algunas familias que conforman el Derecho anglosajón ante el incumplimiento del contrato y en lo relativo a su interpretación para proceder al remedio resolutorio. Así, en el Derecho inglés, se debe interpretar el contrato conforme al principio de razonabilidad

---

<sup>653</sup> En este sentido, SAVAUX, E., “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, ADC, tomo LXIX, 2016, fasc. III, p. 733.

<sup>654</sup> SAVAUX, E., Op cit., 2016, p. 738.

<sup>655</sup> Por todos, SEVERIN, G.F., “Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio resolutorio del cumplimiento específico en el *Common Law*”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, nº 1, 2016, pp. 7-8.

(*reasonnability*), mientras que en otros ordenamientos como el estadounidense debe atenderse a la doctrina de la buena fe (*good faith*).

En definitiva, al igual que en el Derecho continental, las partes introducen cláusulas resolutorias en los contratos celebrados en el *Common Law* como mecanismo de prevención de conflictos frente a la inoperatividad de las cláusulas implícitas. Puesto que no es cuestión baladí la praxis de haber incurrido en un incumplimiento y, en especial, de determinar si dicha falta de cumplimiento carece o no de entidad suficiente como para facultar la resolución del contrato. Con todo, existen limitaciones en ambos ordenamientos para evitar que se produzca un abuso de derecho por una de las partes a la hora de introducir el remedio resolutorio.

- a) De un lado, destaca en Reino Unido la prohibición estatutaria de una cláusula abusiva en los contratos de suministro para consumidores reguladas en el *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* y, en cierto modo, para los microempresarios, también se protegen determinadas conductas abusivas por la *Unfair Contract Terms Act* (1977).
- b) De otro, la intervención de los tribunales estadounidenses conforme al principio de interpretación extensiva del principio de razonabilidad ha limitado el principio de libertad de contractual. Por una parte, destaca las limitaciones que determinados Estados han impuesto a las partes para la terminación de los contratos de distribución. Entre ellos, GELLHORN menciona la obligación de otorgar un periodo razonable de preaviso, la obligación de responder por daños y perjuicios antes actuaciones ilícitas o contrarias a la buena fe, actuar contra la doctrina del enriquecimiento injusto que puede suponer adquirir el fondo de comercio de un distribuidor sin compensación económica, así como cualquier conducta discriminatoria que resulte ser sorpresivamente abusiva (*unconscionable*). Por otro, existen igualmente límites al principio de razonabilidad que impiden la duración a perpetuidad del contrato de distribución, tal y como disponen el Segundo

*Restatement* como el *Uniform Commercial Code* (UCC)<sup>656</sup>. A modo de conclusión, también existen diferencias entre los ordenamientos jurídicos del *Common Law* en lo referente a este extremo. De hecho, mientras que los tribunales americanos suelen revisar aquellos términos del contrato en supuestos de incumplimientos no esenciales, determinando cuál puede ser un periodo de tiempo o un precio razonable que permita al proveedor o distribuidor cumplir con lo previamente pactado en el contrato; los tribunales ingleses, por el contrario, representan un papel menos activo en la revisión de los términos del contrato de manera que, *a priori*, pueden dar por válidos aquellos acuerdos que no son razonables para una de las partes<sup>657</sup>.

## 2. Modalidades de supuestos de incumplimiento en los contratos de distribución

Una vez expuesto el escenario en el que pueden producirse los supuestos del pacto resolutorio, se va a proceder, en el presente epígrafe, al estudio de aquellas modalidades de incumplimiento que, según las obligaciones acordadas, pueden resultar causa de extinción. Para el análisis de los citados casos, no se atenderá a los distintos tipos contractuales en sentido estricto, –aunque se haga mención en cada supuesto- ni al incumplimiento de las obligaciones realizado, indistintamente, por cualquiera de las partes del contrato, sino a las distintas propuestas de resolución por incumplimiento que pueden suscitarse en los contratos de distribución<sup>658</sup>, habida cuenta el tipo de obligación incumplida, para el que servirán de ilustración algunos pronunciamientos jurisprudenciales.

---

<sup>656</sup>Para profundizar, GELLHORN, E., “Limitations on Contract Termination Rights: Franchise Cancellations”, *Duke Law Journal*, vol. 1967, n.3, Jun 1967, p. 478.

<sup>657</sup> En éste sentido, BELL, J., “The effect of changes of circumstances of Long-term contracts”, en HARRIS and TALLON, (Dir.) *Contract Law Today* (Anglo-French comparisons), London, 1989, pp.207-15.

<sup>658</sup> MARÍN CASTÁN, F., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los contratos de distribución”, en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.), *Los contratos de Distribución Comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 25 y 26.

Ed. La LEY, Madrid, 2008, pp. 25 y 26. Asimismo, véase MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, pp. 276-285, además de GONZÁLEZ-ORUS CHARRO, M., “Resolución por incumplimiento en los contratos de distribución”, en CARBAJO GASCÓN, F. (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca y Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 533 y ss. En los contratos internacionales de distribución destaca el estudio jurisprudencial de TRUONG, C.Q.C, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Paris, Litec, 2002, pp.211 y ss.

Como es sabido, las cláusulas establecidas en el contrato determinan si la vulneración de las obligaciones es lo suficientemente grave como para resolver el contrato por incumplimiento. La evaluación de su cumplimiento depende de los términos acordados por las partes en el contrato, por lo que se estará al caso concreto. Además de los remedios resolutorios previstos, se podrá resolver el contrato cuando cualquiera de las partes adopte conductas contrarias a la buena fe.

En la mayor parte de los supuestos, es el distribuidor el responsable del incumplimiento de las obligaciones establecidas contrato que dan lugar a su extinción. Aunque, sin duda, la obligación principal en los contratos de distribución es la entrega o suministro de mercancías realizada por parte del proveedor al distribuidor para proceder a su comercialización por su cuenta y riesgo. Por lo que, si el proveedor no realiza la entrega, se frustra el objetivo principal del contrato.

Lo habitual en los conflictos de las relaciones distributivas es que el proveedor ponga fin al contrato de distribución; con la salvedad de la distribución de los productos de la cadena alimentaria y demás bienes que se comercializan en las grandes superficies. De este modo, el proveedor reorganiza su red sin contar con el distribuidor y tal actitud viene motivada, en parte, por la ventaja que supone conocer bien las características de sus productos, las necesidades que éstos suscitan en el mercado y los deseos del distribuidor de adquirir su negocio mediante concesión o franquicia. Por tal motivo, como se ha advertido, no es infrecuente que el incumplimiento sea forzado por el proveedor para reorganizar su red.

En línea con lo expuesto, la resolución por incumplimiento es la causa más frecuente de terminación de las relaciones distributivas y tiene su origen en la dificultad del distribuidor para cumplir con los objetivos pactados. La dificultad a la que se enfrenta el distribuidor en la ejecución del contrato está motivada por la asimetría de poder de negociación de las partes. No es cuestión debatida que las partes negocien los términos del contrato en una posición desigual<sup>659</sup>. Y que, en consecuencia, se incorporen al contrato algunas cláusulas generalmente favorables a los intereses del proveedor o cabeza de red.

---

<sup>659</sup> No en vano el legislador, tanto en el Derecho francés (*Loi Doubin*) como, en consecuencia, en nuestro ordenamiento jurídico después (Ley de Ordenación del Comercio Minorista) se han establecido unos deberes de información precontractual para tratar de corregir este desequilibrio que afecta al distribuidor.

La dificultad se traduce en falta de cumplimiento, y, en ocasiones, el incumplimiento conlleva la resolución del contrato y su extinción. En este epígrafe se va a profundizar en algunos de los problemas que suscitan la terminación de los contratos. Algunos de los ejemplos más significativos son las cláusulas relativas a las cuotas venta mínimas<sup>660</sup>, la carencia de un adecuado seguimiento de la política comercial del fabricante y la deficiente prestación de los servicios postventa<sup>661</sup>. Además del pago impuntual de suministros o la imposibilidad de hacer frente al pago del canon de la franquicia. Por otra parte, también son habituales aquellos casos en los que el proveedor-franquiciador impone unas condiciones de venta o una consecución de objetivos desorbitados o poco realistas para el distribuidor.

Otro supuesto distinto será acreditar la carga de la prueba del citado incumplimiento. La acreditación del incumplimiento de las obligaciones no resultará, en general, una tarea sencilla, dada la complejidad de estos contratos. Con todo, tal contenido no será objeto de estudio en el presente trabajo.

Dicho lo anterior, el nivel de acreditación será aún mayores para los contratos verbales o para aquellas relaciones distributivas cuyo contenido se ha ido modificando en función de la voluntad de las partes. En estos casos, la parte débil se encuentra en una situación vulnerable, en la medida que resulta sumamente dificultosa la acreditación del cumplimiento de las obligaciones pactadas. Destaca, a modo de ejemplo, el supuesto en el que el proveedor alega el incumplimiento del distribuidor cuando trata de encubrir un desistimiento<sup>662</sup>. Por el contrario, la extinción del contrato a iniciativa del distribuidor, franquiciado o concesionario, dadas las inversiones que debe realizar para proceder a la comercialización de los productos del proveedor, resulta menos frecuente en la práctica.

---

<sup>660</sup> Respecto a las cláusulas de objetivos mínimos vid. epígrafe “*Incumplimiento de las obligaciones de venta mínima*” de este trabajo.

<sup>661</sup> Es de la misma opinión respecto a los contratos de concesión, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *Op. cit.*, Navarra, 2007, p.285.

<sup>662</sup> Para ampliar sobre el tema, VAZQUEZ ALBERT, D., *Op. cit.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 166 y ss”.

## 2.1. Incumplimiento de la entrega de mercancías

La principal obligación del proveedor en los contratos de distribución es la entrega de sus bienes o productos al distribuidor para su comercialización. El cumplimiento de esta obligación que pone en funcionamiento la actividad distributiva es, además, el requisito previo para que el distribuidor pueda proceder a sus deberes principales: pago del precio de las mercancías y la comercialización de estas.

No es habitual que el proveedor, franquiciador o concedente incumpla su obligación de entregar al distribuidor los productos o las mercancías objeto del contrato<sup>663</sup>. Aunque tampoco es infrecuente que las partes hayan dotado de flexibilidad a esta cláusula, y que no se haya previsto en el contrato la obligación de un suministro regular o puntual al distribuidor<sup>664</sup>.

En este contexto, se van a exponer los escenarios posibles a los que deberá enfrentarse el distribuidor ante la falta de abastecimiento o el suministro impuntual de los productos del proveedor y sus posibilidades de resolver el contrato por incumplimiento.

- a) La primera de las dificultades será la **indeterminación respecto al momento y cadencia en la entrega de las mercancías**. Lo idóneo sería que las partes hubieran pactado en el contrato con qué frecuencia debe realizarse el suministro, y en qué cuantía. En defecto de esta previsión, sería conveniente que las cláusulas relativas a la obligación de suministro fijasen un periodo temporal máximo para la entrega de los productos desde la solicitud del pedido por parte del distribuidor

---

<sup>663</sup> El proveedor debe cumplir con la obligación de entregar sus productos al distribuidor o franquiciado para garantizar la comercialización directa de sus productos. Asimismo, resulta recomendable que el suministro se entregue puntualmente al distribuidor. Máxime si se trata de un contrato en exclusiva que requiera el abastecimiento de un *stock* mínimo o razonable al distribuidor y ésta sea la única vía para acceder al suministro de los productos en una zona geográfica concreta.

<sup>664</sup> Siguiendo a CARBAJO CASCÓN, F., “Suministro de productos objeto del contrato: cláusulas de exclusiva y suministros cruzados; obligación de suministro adecuado por el proveedor e información sobre reducción de la capacidad de suministro”, en CARBAJO CASCÓN, F., *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca y Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 359.

Para la determinación de un incumplimiento esencial será clave para concretar si la falta de suministro de los bienes y servicios constituye una causa de extinción del contrato. En este sentido, pueden producirse dos supuestos.

a.1) En primer lugar, el distribuidor estará legitimado para resolver el contrato cuando así esté previsto en el acuerdo alcanzado entre las partes.

En este sentido, destaca la STS, Sala 1ª, de 17 de febrero de 1989, (RJ\1989\972)<sup>665</sup> atinente a un supuesto de extinción de concesión mercantil o distribución exclusiva, en el que se ha producido un incumplimiento del suministro de mercancías imputado a la proveedora (UNIASA) de calado suficiente como *“para justificar la petición de resolución instada por la distribuidora (Distribuidora Jap, S.L.) al haberse frustrado el fin del contrato, haciendo desaparecer las legítimas expectativas de la parte perjudicada..”*.

a.2) De lo contrario, en el supuesto de incurrir en un incumplimiento no esencial, la facultad de resolver el contrato sería excesiva cuando no se frustran las legítimas expectativas de la parte perjudicada y la finalidad del distribuidor es la comercialización de productos del cabeza de red. Máxime cuando ha debido realizar obligatoriamente una serie de inversiones costosas. En este punto, cabe traer a colación la resolución del TS, Sala 1ª, de 25 de mayo de 2016 (RJ\2016\4301), relativa a la posible resolución por incumplimiento de un contrato de suministro mercantil realizado por la perjudicada Ferrocarriles del Suroeste S.A frente a la proveedora de ferrocarriles CAF, S.A. consecuencia del retraso en la entrega del material ferroviario; que se trataba de un incumplimiento no esencial de ésta última.

*“En la tarea de dilucidar si la resolución de ese Contrato declarada por FESUR el 30 de septiembre de 2010 fue o no ajustada a Derecho, los resultados alcanzados hasta aquí son que una respuesta afirmativa no puede fundarse ni en una cláusula resolutoria expresa del propio*

---

<sup>665</sup> Vid. Fundamento de Derecho Octavo, de la STS, Sala 1ª de 17 de febrero de 1989, (RJ\1989\972).

*Contrato; ni en el incumplimiento por CAF de un término esencial para la entrega de las locomotoras, que haya privado por ello sustancialmente a FESUR de lo que tenía derecho a esperar en virtud del Contrato de Suministro; ni, en fin, en que CAF hubiera puesto de manifiesto una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento del repetido contrato”.*  
*“Ahora bien, deberá ser evidente que el análisis jurídico de los hechos del caso no puede acabar ahí; porque resulta a todas luces insostenible que, a falta de cláusula resolutoria, término esencial y voluntad debidamente rebelde al cumplimiento, un vendedor o suministrador pueda mantener al comprador o suministrado vinculado indefinidamente por el contrato de compraventa o suministro a la espera de que aquél consiga entregarle las cosas objeto del contrato, por largo que llegue a ser el retraso sobre la fecha de entrega prevista en el mismo.*

Con todo, el Fundamento de Derecho Sexto de la citada resolución concluye al respecto con esta máxima que debe servir de preferente para otros casos semejantes: *“Aun a falta de cláusula resolutoria expresa, un retraso en el cumplimiento, aunque en sí mismo no sea esencial, justificará la resolución del contrato cuando, por su duración o sus consecuencias, ya no quepa exigir al acreedor conforme a la buena fe que continúe vinculado por el contrato”.*

- b) En segundo lugar, el distribuidor o concesionario **puede ver frustrado sus expectativas comerciales por un retraso injustificado del proveedor en el cumplimiento de su comanda.** De hecho, también pueden llegar a constituir justa causa para la resolución por incumplimiento del contrato, la falta de suministro o el retraso reiterado por el proveedor de los bienes o de la calidad convenida en los mismos. En los contratos de concesión este retraso se hace extensible al suministro de piezas de recambio<sup>666</sup>.

Por su parte, la producción de un incumplimiento puntual en la entrega de mercancías o de un retraso aislado en el suministro, no deberá ser considerado

---

<sup>666</sup> Es de la misma opinión, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *Op.cit.*, 2007, p.284.

como un incumplimiento esencial en tanto en cuanto no se quiebran las expectativas de las partes<sup>667</sup>. De lo contrario, resultaría excesivo proceder a la resolución del contrato por incumplimiento, tal y como se advierte también en el Fundamento de Derecho Sexto de la STS, Sala 1ª, de 25 de mayo de 2016 (RJ\2016\4301).

- c) No obstante, también puede producirse un incumplimiento de la entrega del material por parte del proveedor cuando, en vez de proceder a la entrega con retraso, existen **defectos en el suministro del material incluso hasta el punto de proceder a la entrega de una cosa distinta de la pactada**; lo que podría traducirse en un incumplimiento por inhabilidad del objeto o por insatisfacción de su contraparte<sup>668</sup>; sea ésta distribuidor, concesionario o un simple comprador. De este modo, tal obligación del proveedor se traduce en la obligación de mantener a disposición de los distribuidores de la red, las unidades de producto o elementos necesarios según el volumen usual de la demanda en las condiciones convenidas de precio, calidad y entrega<sup>669</sup>.

A modo ilustrativo, cabe traer a colación la STS, Sala 1ª, de 3 de octubre de 2018, (RJ\2018\4238), relativo a la terminación de un contrato de suministro, en el que el distribuidor alegó que el material suministrado no sólo fue defectuoso, sino que tampoco sirvió para el fin con el que fue contratado; obligándole a incurrir en gastos para cumplir en plazo frente a un tercero no contratante. En esta resolución el Alto Tribunal se pronunció acerca de la entrega de material defectuoso por parte del proveedor a su contraparte mediante la doctrina “*aliud pro alio*”. Lo que supuso la concreción de las diferencias existentes entre vicios aparentes y ocultos

---

<sup>667</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, L., *El incumplimiento del contrato de suministro*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, p. 358.

<sup>668</sup> En este sentido, en el Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, de 3 de octubre de 2018, (RJ\2018\4238) se pone de manifiesto que el incumplimiento por inhabilidad del objeto se produce cuando la cosa entregada “*resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinado o que, el comprador quede objetivamente insatisfecho*” hasta el punto de resultar de una “*inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato o insatisfacción objetiva del comprador, ... que haga de todo punto imposible su aprovechamiento*”. O bien, cuando el incumplimiento se haya producido por defecto grave del material que “*contiene elementos diametralmente diferentes a los de la pactada*”.

<sup>669</sup> Resulta interesante puntualizar que la citada afirmación se mantendrá con la salvedad de producirse una causa de fuerza mayor o caso fortuito, tal y como se advierte, por ejemplo, en el art. 11.2 PLCD (2011), relativo a la determinación de los objetivos comerciales.

e incumplimientos, advirtiendo que: “*en los casos en los que el defecto del producto suministrado consiste en un defecto de calidad de suficiente gravedad para poder ser considerado como determinante de un incumplimiento del contrato, pues en este supuesto no estamos en presencia de un vicio oculto en la cosa entregada, sino de un incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato*”. Tal distinción resulta, por tanto, muy relevante tanto para la determinación de un incumplimiento como causa de extinción del contrato, como para la fijación de los plazos de reclamación al proveedor por parte del receptor de la mercancía; que se prolonga de cuatro a treinta días considerando si tales vicios son aparentes u ocultos (arts. 336.1 y 2 CCom y art. 342 CCom, respectivamente).

d) Queda, sin embargo, **justificada la suspensión temporal del suministro** si se produce un **incumplimiento previo relativo del distribuidor** en lo que respecta al pago del precio de las mercancías.

Este es el supuesto que describe la STS, Sala 1ª, de 11 de marzo de 2011, (RJ\2011\3320), relativa a la extinción de un contrato de distribución, entre la distribuidora (World Wide Feràmics, S.L.) y la empresa proveedora de cerámicas (Cerámicas Mimas, S.L.) que sostiene: “*la decisión de la suministradora demandante de suspender la ejecución de su prestación estaba justificada por la excepción de incumplimiento del contrato (de suministro)*”. En este sentido, “*se trata, con este remedio, de mantener durante el funcionamiento de la relación jurídica el mismo equilibrio querido por las partes al crearla con la perfección del contrato. El orden de cumplimientos de las prestaciones debidas y la mutua condicionalidad e interdependencia que existe entre ellas, es lo que justifica que el deudor requerido de pago le pueda oponer al deudor incumplidor la llamada «exceptio non adimpleti contractus», con el efecto de neutralizar la reclamación, dada la facultad que le asiste de posponer su cumplimiento hasta que el reclamante cumpla o esté dispuesto a cumplir lo que le incumbe*”.

De lo contrario, la parte que impulse la acción resolutoria ante incumplimientos poco relevantes parece actuar motivada por conductas contrarias a la buena fe<sup>670</sup>.

e) Por último, puede suceder que el proveedor se vea afectado en **la fabricación de sus productos de modo que sufra una reducción significativa en su capacidad de suministro**. Ante este supuesto, sería recomendable que, de forma preventiva, se introdujera en los contratos la obligación de informar a los distribuidores afectados con una antelación suficiente para poder establecer sus propias previsiones en el desarrollo de su actividad<sup>671</sup>.

En este sentido, cabe traer a colación un supuesto que, si bien no es un caso típico de resolución por incumplimiento del contrato por interrupción o suspensión del suministro, afecta a la entrega de las mercancías.

Se trata de la STS, Sala 1ª, de 12 de junio de 1999, (RJ\1999\4292)<sup>672</sup>, en la que pone de manifiesto un supuesto de suministro irregular. El concedente desistió lícitamente del contrato, pero procedió a un cierre anticipado del establecimiento, y *“no practicó el adecuado y normal suministro de vehículos, ni atendió a los pedidos en el tiempo de preaviso, con la consiguiente repercusión negativa en las ventas”* del concesionario, quien, a su vez, no había incumplido ninguno de los términos del contrato<sup>673</sup>.

---

<sup>670</sup> Es de la misma opinión, GONZÁLEZ-ORUS CHARRO, M., “Resolución por incumplimiento en los contratos de distribución”, en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 545.

<sup>671</sup> Siguiendo a CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.) “Suministro de productos objeto del contrato: cláusulas de exclusiva y suministros cruzados; obligación de suministro adecuado por el proveedor e información sobre reducción de la capacidad de suministro”, *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca y Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 381.

<sup>672</sup> Vid. Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, de 12 de junio de 1999, (RJ\1999\4292).

<sup>673</sup> Aunque el concedente ejerció el desistimiento lícitamente en los términos establecidos en un contrato de duración indefinida, éste deberá abonar al concesionario una indemnización establecida en el art. 1101 CC por haber procedido a una entrega irregular del suministro. Para profundizar, VAQUERO PINTO, M.J., “La terminación de los contratos de distribución”; en HERRERO GARCIA M.J., (Dir.), *La contratación en el sector de la Distribución Comercial*, Ed. Aranzadi, Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 326.

## 2.2. Incumplimiento por impago de los productos

Una vez que el proveedor ha procedido a la entrega de los productos y las mercancías, tanto en la cantidad como en la calidad estipuladas en el contrato, corresponde al distribuidor la promoción, realización y conclusión de los actos de negocio que hubiere pactado expresamente en el contrato; adecuando su conducta conforme al respeto de la buena fe en virtud del art. 1258 CC y a la diligencia del ordenado comerciante. Esta obligación resulta la esencia de estos contratos celebrados entre empresarios, también denominados *business to business*, cuya finalidad compartida es la de incrementar la comercialización de bienes y servicios para obtener el máximo beneficio económico posible. Por tal motivo, la doctrina ha denominado a estos negocios jurídicos de colaboración como contratos de interés mutuo o común (*win win*)<sup>674</sup>.

En línea con lo anterior, el pago de los productos resulta, sin duda, una de las prestaciones más importantes para el distribuidor.

Así se pone de manifiesto la STS, Sala 1ª, de 11 de marzo de 2011, (RJ\2011\3320), relativa a la extinción de un contrato de distribución, en la que sostiene que el impago de mercancías constituye *“una demora injustificada en el pago del precio, por tanto, un incumplimiento del contrato de suministro en cuanto a la obligación fundamental asumida por el comprador suministrado”*<sup>675</sup>.

Como medida previa a la resolución del contrato por incumplimiento, a falta del pago por el distribuidor, el proveedor puede optar por la interrupción o suspensión del suministro hasta que el distribuidor pague el precio convenido por la entrega de las mercancías.

En este sentido, la STS, Sala 1ª, 20 de marzo de 2007, (RJ\2007\2622)<sup>676</sup>, relativa a la extinción de un contrato de concesión establece que *“al rebasar el importe de la mercancía suministrada y no pagada el límite de la garantía bancaria no*

---

<sup>674</sup> La doctrina anglosajona ha acuñado la fórmula “*win win*” que viene a resumir la causa del contrato para cada uno de los contratantes, basada en el *animus operandi*. Del mismo modo, la doctrina francesa ha calificado a los contratos de colaboración basados en la confianza como *contrats d'intérêt commun*. Vid. LE TOURNEAU, P., *Les contrats de concession*, Litec, LexisNexis, 2ª ed. Paris, 2010, pp. 24 y ss.

<sup>675</sup> Vid. Fundamento de Derecho Primero de la STS, Sala 1ª, 11 de marzo de 2011, (RJ\2011\3320).

<sup>676</sup> Vid. Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, de 20 de marzo de 2007, (RJ\2007\2622).

*atiende al requerimiento de ampliación de dicha garantía”. En este contexto, el concesionario “no paga la deuda contraída dando lugar a la comunicación notarial de la resolución de las relaciones comerciales en fecha...Frente a ello no cabe invocar que la actora cortó o interrumpió el suministro de mercancía sin tener en cuenta las condiciones de pago que eran a noventa días después de la fecha de facturación, porque lo realmente ocurrido fue que el importe de la mercancía suministrada rebasaba ampliamente la garantía bancaria, y, ante la falta de respuesta de la solicitud de ampliación de esta garantía, la actora condicionó nuevos suministros al pago al contado, los cuales sí fueron atendidos según se declara probado en la sentencia recurrida..”.*

No obstante, el impago de suministros por parte del distribuidor puede operar como una causa justificada de resolución del contrato de distribución por incumplimiento. En este sentido, destaca, a modo de ejemplo la STS, Sala 1ª, de 26 de junio de 2008, (RJ\2008\3305)<sup>677</sup>, referente a un contrato de distribución en exclusiva.

En este supuesto, el Alto Tribunal estima el recurso de casación interpuesto por la proveedora (Zeneca Agro, S.A.) contra la Audiencia Provincial de Lleida, revocándola en el sentido de estimar la demanda y desestimar la reconvenición. La citada Sentencia justifica el remedio resolutorio como consecuencia de los impagos del distribuidor (Miarnau Agritecno, S.A.). De modo que, *“la ruptura de las relaciones comerciales no puede achacarse al incumplimiento o abuso de derecho de la actora principal, no procede la indemnización por clientela, al haber incumplido el distribuidor, no estando de acuerdo en que la indemnización por clientela haya de resultar de la mera finalización del contrato de distribución”*. El pronunciamiento pone el acento en el incumplimiento por parte del distribuidor advirtiendo que: *“es evidente que en ambas instancias se considera... que la entidad demandada incumplió sus obligaciones contractuales como distribuidora, en concreto, la obligación de pago de suministros efectuados por la actora concedente, sin que se*

---

<sup>677</sup> Vid. Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, de 26 de junio de 2008, (RJ\2008\3305).

*hayan aceptado las razones justificativas del impago opuestas por la parte demandada reconviniendo, aquí recurrida”.*

Sin embargo, no cualquier impago de mercancías faculta para resolver el contrato. Al igual que en otros supuestos, la falta de cumplimiento por parte del distribuidor debe ser esencial para que el proveedor proceda a la aplicación del remedio resolutorio. De hecho, el incumplimiento esencial debe ser apreciado por los tribunales para proceder a la terminación de la relación distributiva.

Así lo establece la STS, Sala 1ª, de 26 junio de 2008, (RJ\2008\3305) cuando afirma: *“En el presente supuesto, el incumplimiento por la distribuidora demandada reconviniendo se ha estimado legitimador de la resolución instada por la entidad concedente demandante principal, debido a los impagos de suministro, y tal incumplimiento, no discutido, es por tanto incólume a esta casación tanto en lo que se refiere a su perspectiva fáctica como a la de cuestión jurídica”.*

En definitiva, para proceder a la resolución del contrato por incumplimiento el impago de productos debe ser grave o esencial; siendo preciso, incluso, que tal comportamiento sea reiterado. O bien, que la cantidad adeudada sea notable. A modo de ilustración se van a exponer los siguientes supuestos:

- a) En el primer supuesto, la STS, Sala 1ª de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009\670)<sup>678</sup>, hace hincapié en la máxima de que *“no todo incumplimiento faculta para resolver una relación contractual, antes bien, para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial”.* Con todo, el contrato de concesión incluía un pacto resolutorio en virtud de la cláusula 26 d. IX, que facultaba al concedente del contrato de concesión celebrado entre el concedente (FORD ESPAÑA, S.A.) a resolver el contrato por el impago de los productos por su contraparte. En este supuesto, el concesionario, (Talleres y reparaciones San CRISTÓBAL, S.A.).

---

<sup>678</sup> Vid. Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, de 3 de diciembre de 2008, (RJ\2009\670).

- b) Otro caso semejante es el de la STS, Sala 1ª, de 11 de marzo de 2011, (RJ\2011\3320), en la que la proveedora (Cerámicas Mimas S.L.) decide suspender el suministro a la distribuidora (World Wide Ceràmics) por el impago de los productos acordados en el contrato de distribución. Los tribunales estimaron que dicha decisión estuvo justificada por el previo incumplimiento por parte de la obligada al pago del precio de la reglamentación contractual inicialmente creada<sup>679</sup>.

### 2.3. Incumplimiento de las obligaciones relativas a los objetivos comerciales

Otro de los posibles supuestos relevantes de incumplimiento imputables al distribuidor es la inobservancia de los objetivos comerciales acordados en el contrato. La determinación de estos objetivos supone una obligación de resultado para el distribuidor<sup>680</sup>, que ha sido contemplada por todas las propuestas de regulación de los contratos de distribución en nuestro ordenamiento jurídico<sup>681</sup>. No obstante, se aprecian ciertas diferencias puntuales entre ellas:

- a) En lo que respecta al PLCD (2011), su art. 11.1 hace referencia a la determinación de los objetivos comerciales del distribuidor considerando las necesidades de abastecimiento del mercado que sean razonablemente previsibles en cada momento. Aunque, a diferencia de otros proyectos como el PCM (2013) y la PALCM (2018), este precepto no contempla la posibilidad de que las partes adopten dichos objetivos de mutuo acuerdo. Con todo, resulta destacable la obligación impuesta al proveedor de mantener la unidad o productos pactados con el distribuidor en las condiciones convenidas de precio, calidad o entrega (art. 11. 2 PLCD, 2011).

---

<sup>679</sup> Vid. el Fundamento de Derecho Primero de la STS, Sala 1ª, de 11 de marzo de 2011, (RJ\2011\3320).

<sup>680</sup> Es muy frecuente que los contratos de distribución recojan expresamente cláusulas de venta mínima que suponen una garantía contra la inactividad del distribuidor. En este sentido, LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 1998, p. 286. Y, del mismo modo en el contrato de concesión, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 276.

<sup>681</sup> En este sentido, vid. art. 11.1 PLCD (2011), art. 543-10 PCM (2013), el art. 5103-3, de la Propuesta de Código Civil, elaborada por la APDC (2016) y el art. 545-10 PALCM (2018).

- b) En segundo término, tanto el art. 543-10 PCM (2013) como el art. 545-10 PALCM (2018) prescinden del principio de razonabilidad en su articulado, citando que tanto la fijación del contingente de mercancías como la determinación de los objetivos se realizará prioritariamente de mutuo acuerdo entre las partes. Y, en defecto de pacto, mediante arbitraje o peritaje independiente. Asimismo, el apartado 2º del citado precepto indica los factores determinantes que el perito deberá tener en cuenta para su determinación al disponer *“la valoración de las operaciones realizadas con anterioridad en la misma zona, las estimaciones previsibles de ventas en ella y las tendencias y fluctuaciones del mercado nacional e internacional”*.
- c) Por último, el art. 5103-2 de la Propuesta de Código Civil elaborada por la APDC (2016) vuelve a poner el acento en el principio de razonabilidad como indicador determinante de los objetivos comerciales que deberá cumplir el distribuidor. Pero, desafortunadamente, prescinde de las indicaciones establecidas en el PCM (2013), que permite a las partes acudir a un perito independiente o mediador, si éstas no consiguen ponerse de acuerdo.

Ciertamente, lo idóneo sería que el legislador optase por una propuesta que agrupase la determinación de objetivos comerciales establecidos en el PCM (2013) y PALCM (2018), incorporando el principio de razonabilidad recogido en los arts. 11.1 PLCD y 5103-2 de la Propuesta de Código Civil elaborada por la APDC (2016). Con todo, el principio de razonabilidad no determina qué objetivos comerciales debería asumir el distribuidor. Quizás, la solución relativa a la determinación de esta cláusula debería concretarse por cada uno de los sectores de distribución o incluso, de forma casuística.

#### **a) El incumplimiento de las obligaciones de venta mínima**

Como es sabido, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden acordar los objetivos comerciales del distribuidor en virtud de las necesidades de abastecimiento de mercado razonablemente previsibles en cada momento. De este modo, se compromete el distribuidor a obtener unos determinados resultados de ventas con el

proveedor durante el periodo de tiempo en el que contrato siga vigente. Con todo, en ocasiones, los objetivos de venta mínima fijados por el cabeza de red al distribuidor pueden resultar poco razonables o desorbitados. Lo que, sin duda, dificultará notablemente al distribuidor o franquiciado el cumplimiento del contrato; y, en consecuencia, podrá afectar a la vigencia o continuidad del contrato.

A modo ilustrativo, destaca el supuesto de la STS, Sala 1ª, de 22 de octubre de 2012, (RJ\2013\1539), relativo extinción del contrato de franquicia por el incumplimiento del franquiciado de los objetivos fijados en el contrato en el que la franquiciadora (France Telecom España, que operaba en el mercado con el nombre comercial de AMENA) estableció a la compañía franquiciada (Poveda Telecom S.L.) unos objetivos desproporcionados en comparación con otras franquiciadas de la operadora telefónica AMENA en la zona. De tal forma se pronuncia la citada Sentencia cuando afirma: *“cabe deducir de la sentencia de instancia que el incumplimiento que se achaca a la actora (no haber alcanzado las activaciones mínimas mensuales), no fue tal, pues tanto en primera instancia como en segunda se aprecia justificado que no lo fuera porque los objetivos habían sido fijados de forma desorbitada en atención a otros franquiciados de la zona. Tal es así que incluso la sentencia recurrida reconoce a la franquiciada unas primas correspondientes a los objetivos supuestamente no alcanzados”*<sup>682</sup>.

Asimismo, el incumplimiento de los objetivos mínimos previamente acordados por las partes en las cláusulas de venta mínima puede facultar al proveedor o franquiciador a resolver el contrato de distribución, si las partes lo han previsto en este sentido, incluso cuando la parte perjudicada ha optado por exigir el cumplimiento del contrato.

A este respecto, se puede referenciar la STS, Sala 1ª, de 5 de marzo de 2013, (RJ\2013\2415), que versa sobre la extinción de un contrato de subconcesión que preveía que *“el incumplimiento de los estándares y objetivos mínimos legitimaban la resolución unilateral por incumplimiento, aunque debía respetarse un plazo de preaviso de 30*

---

<sup>682</sup> Vid. Fundamento de Derecho Quinto de la STS, Sala 1ª, de 22 de octubre de 2012, (RJ\2013\1539).

*días (cláusula 30.4b). Haciendo uso de esta facultad, Reicomsa, S.A. - (concesionario)- remitió una carta a Talleres J. París S.L. - (subconcesionario)-, el 22 de enero de 2007, por la que le comunicaba que, como consecuencia del incumplimiento de los estándares de selección de Nissan y de los objetivos de venta, ejercitaba la facultad de resolución del contrato, que se haría efectiva a los 30 días naturales siguientes a la recepción de la carta”<sup>683</sup>.*

Como se ha indicado anteriormente, cabe la posibilidad de optar finalmente por la resolución del contrato, aunque el contratante perjudicado –en este supuesto, el concesionario- hubiera solicitado la ejecución del contrato.

Por este motivo, el citado pronunciamiento insiste en que tanto la resolución de instancia como la de apelación desestimaron la demanda interpuesta por la subconcesionaria, al entender que la concesionaria resolvió el contrato de forma justificada después de requerir hasta en cuatro ocasiones el cumplimiento del contrato. La resolución del contrato fue la consecuencia del incumplimiento por parte de Talleres J. París, S.L. de los estándares de selección de NISSAN y de los objetivos de venta convenidos.

Es también posible que, frente a los incumplimientos de objetivos probados por parte del concesionario, el concedente desista del contrato respetando el periodo de preaviso y no proceda a la aplicación del remedio resolutorio. Este es el caso de la STS, Sala 1ª, de 22 de mayo de 2009, (RJ\2009\3035), en la que se deniega al concesionario (Azahara Motor, S.A.) la indemnización por clientela considerando el incumplimiento relativo al incumplimiento de objetivos y de los gastos de publicidad, previstos en la cláusula 11. 4 del contrato<sup>684</sup>.

---

<sup>683</sup> Vid. los Fundamentos de Derecho Primero y Tercero de la STS, Sala 1ª, de 5 de marzo de 2013, (RJ\2013\2415).

<sup>684</sup> Vid. Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, de 22 de mayo de 2009, (RJ\2009\3035).

## b) El incumplimiento de las obligaciones de compra mínima

Los contratos de distribución también pueden prever cláusulas de compra mínima que vienen impulsadas por el proveedor; motivada, según los casos, como contraprestación a la concesión de la exclusividad; tanto para la comercialización de sus productos como para el suministro mínimo de mercancías que eviten el desabastecimiento de bienes ante un incremento de demanda. La cláusula de compra mínima consiste en la obligación del distribuidor de adquirir un número determinado de productos del proveedor para proceder a su posterior comercialización.

La cláusula de compra mínima está directamente relacionada con la prestación principal que suscribe el distribuidor, que es la de comercialización de los bienes y servicios del proveedor. En este sentido, el distribuidor tratará de colocar en el mercado el mayor número de bienes posible, puesto que el margen diferencial obtenido entre la adquisición previa y su posterior precio de reventa supondrá el beneficio de su actividad. Con todo, el cumplimiento de las obligaciones de compra mínima estipuladas en el contrato no está exento de dificultades, y de la superación de éstas, dependerá la vigencia del contrato o la terminación de las relaciones distributivas por incumplimiento. Se exponen las tesis siguientes:

- a) No es cuestión baladí la determinación de las reservas, contingencias mínimas o stocks que deberán ser adquiridas por el distribuidor. Aunque es razonable que el distribuidor compre un mínimo de mercancías para desarrollar su actividad comercial, máxime si se trata de un pacto distributivo en exclusividad. Pero, como se ha advertido, no resultará tarea sencilla la concreción de un número específico de productos. En este sentido, es preciso que el distribuidor deba considerar dos cuestiones. La primera es que, siendo el distribuidor la parte débil del contrato en la mayor parte de los supuestos, deberá aceptar las obligaciones de compra mínima impuestas por el proveedor. Asimismo, el encargo inicial de las mercancías condicionará tanto su capacidad de suministro como sus inversiones; lo que, sin duda, afectará a su capacidad económica. La obligación de adquisición de los productos mínimos debería ser tratada, en mi opinión, junto con los deberes de información precontractual que se imponen al franquiciado con anterioridad a

la firma del contrato de franquicia. Y, la segunda es que el distribuidor debe cumplir con los objetivos de venta acordados. Puesto que, incluso si los adquiere pero no consigue darles salida, tal resultado puede facultar al proveedor a resolver el contrato por incumplimiento si así estuviere previsto.

- b) En segundo término, las previsiones de suministro del proveedor pueden sufrir alteraciones por causas ajenas a su voluntad, como es el supuesto del incremento de precios en las materias primas. O bien, la imposibilidad de acceder a las mismas o a otras piezas necesarias para su fabricación. A modo de ilustración, cabe señalar el ejemplo del caso Volkswagen, en el que la empresa automovilística debió interrumpir la fabricación y el suministro de determinados modelos (Golf y Passat) a los concesionarios de la red de distribución, motivada por la negativa de dos empresas del grupo esloveno Prevent (Car Trim y Es Automobil Guss) de entregar los asientos y algunas piezas necesarias para el engranaje y la fabricación de los citados automóviles. En este supuesto, es el proveedor Volkswagen quien incumple los términos establecidos en el contrato que impiden a sus distribuidores o concesionarios adquirir los productos de compra mínima, afectando o impidiéndoles, incluso, el desarrollo de su actividad comercial, al tratarse de un contrato de concesión mercantil que implica el pacto de exclusiva. Para la terminación del contrato, no obstante, se deberá estar a lo dispuesto por ambas partes en el acuerdo respecto de un incumplimiento grave y esencial; en la medida que su terminación podría frustrar también los fines del distribuidor perjudicado.
- c) De otro, cabe la posibilidad que el distribuidor sufra una caída en las ventas que disminuyan su necesidad de abastecimiento de los productos del proveedor. Este supuesto es incluso más problemático para el distribuidor, porque las cláusulas de compra mínima le impedirán exigir al proveedor un número inferior de productos a la cantidad estipulada en el contrato<sup>685</sup>. Por tal motivo, el distribuidor deberá adquirir el total de las mercancías pactadas si no quiere incurrir en un

---

<sup>685</sup> En este sentido, opina lo mismo, GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., “Obligación de compra y venta mínima. Información sobre disminución de necesidades del distribuidor”, en CARBAJO CASCÓN, F., *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 387.

incumplimiento de las obligaciones del contrato que faculen al proveedor a extinguir la relación distributiva<sup>686</sup>.

- d) Por último, una de las cuestiones que más problemas suscita para las partes en lo que respecta a las cláusulas de compra mínima es, la acumulación de los productos en stock en el momento de la terminación del contrato de distribución. Las partes deberán detallar cuidadosamente el destino de las mercancías en stock que disponga el distribuidor al momento de extinguir el contrato; particularmente, si el proveedor no puede proceder a la recompra del stock sobrante.

Igualmente, resulta destacable traer a colación el contenido de las propuestas de regulación de los contratos de distribución en lo relativo al deber contractual de compra mínima por parte del distribuidor. A continuación, se van a exponer las posibles soluciones extraídas de los mismos porque, si bien los textos no dejan de ser propuestas de carácter *soft law*, pueden resultar de orientación a las partes para evitar futuros incumplimientos:

- a) En relación con el primer supuesto, el art. 12.1 PLCD establece que la determinación del stock se debe fijar atendiendo al principio de razonabilidad y previsiones necesarias *“para el cumplimiento de los métodos operativos del sistema de distribución”*. Por lo que, la determinación de las cláusulas de compra mínima se realizará de mutuo acuerdo en virtud de lo establecido en el citado artículo *in fine*, cuando establece: *“el proveedor no podrá obligar a la compra de lotes o series de suministro con productos no requeridos por el distribuidor, salvo en los casos de distribución selectiva en los que el proveedor establezca un sistema de comercialización completo con un método operativo propio caracterizado por su marca o imagen comercial”*.

Sin embargo, frente al supuesto anterior, resulta más favorable para los intereses del distribuidor la redacción expuesta en los dos primeros apartados del art. 5103-3 de la Propuesta de Código Civil (2016), referentes a las obligaciones de compra

---

<sup>686</sup> Para proceder a la extinción del contrato, no es infrecuente que las partes hayan previsto una cláusula de compra mínima que prevea un pacto resolutorio en el supuesto de que el distribuidor adquiriera un número de productos inferior al establecido en el contrato.

mínima. Este precepto no sólo recoge la iniciativa del art. 12 del PCLD (2011) sino que mejora su redacción incluyendo de forma expresa tanto la posibilidad de acordar de mutuo acuerdo las obligaciones de compra mínima como la oposición a la voluntad del proveedor de obligar al distribuidor a adquirir productos no requeridos por él.

No obstante, el texto idóneo sería una regulación híbrida entre el contenido previsto en el art. 5103-3 PCC (2016) y el apartado 3º del art. 12 PLCD que, a diferencia del PCC, establece como medida alternativa a la extinción la posibilidad de acudir a un método de resolución de conflictos. En este sentido, el art. 12.3 PLDC dispone: “3. *En caso de divergencia de opiniones entre las partes respecto a los niveles de abastecimiento, la decisión se someterá a los mecanismos de resolución de conflictos previstos con arreglo a esta Ley*”

b) Como posible solución al segundo de los escenarios expuestos, el art. IV.E.-4:206.1 DCFR establece que el proveedor deberá poner en conocimiento del distribuidor que su capacidad de suministro se ha visto reducida en un periodo de tiempo razonable. Aunque el principio de razonabilidad es un concepto indeterminado, la puesta en conocimiento de la situación al distribuidor le permitiría adquirir a tiempo otras mercancías provenientes de otro canal alternativo, siempre que las partes no hubieran celebrado un contrato de distribución en exclusiva. En este supuesto, el principio de razonabilidad al que hace referencia el DCFR será insuficiente, en la medida que el distribuidor tiene vetado el suministro de los productos de otros revendedores o proveedores que sean ajenos a la red. Por lo que, la propuesta más adecuada para este supuesto sería, según mi opinión, la de prescindir del principio de razonabilidad optando por la comunicación de la situación al distribuidor a la mayor brevedad posible. Igualmente, el contrato podría recoger una cláusula de compra mínima que contemplase la posibilidad de prever un incumplimiento anticipado, lo que permitiría al distribuidor tanto desvincularse del contrato como indemnizarle o bien, exigir al proveedor el cumplimiento del contrato dotándole de un periodo de subsanación.

Por su parte, el art. 543-7 PCM *in fine* (2013) y el art. 545-9 5° PALCM (2018) establecen lo siguiente: *“El distribuidor no podrá exigir, de no mediar previo aviso en tiempo razonable, un suministro que exceda de lo que habitualmente suele demandar en la época que lo solicita”*. De entrar en vigor este Código (PALCM, 2018), este precepto sería muy apropiado para solventar los posibles conflictos que se suscitan en los contratos de distribución realizados de forma verbal.

- b) Asimismo, el art 5102-6 de la Propuesta de Código Civil elaborada por la APDC (2016) permite la modificación de los contratos de distribución siempre que sea de mutuo acuerdo<sup>687</sup>. En este sentido, para evitar un incumplimiento que permita al proveedor aplicar el remedio resolutorio, el distribuidor debería proponer una modificación del contrato considerando la caída de las ventas como factor determinante para solicitar al proveedor un número inferior de productos a la cantidad estipulada en el contrato. Dicho lo anterior, ciertamente, ni el PLCD (2011) ni el PCM (2013), ni tampoco la PALCM (2018) aportan una solución a esta problemática del distribuidor. Sin embargo, el art. 543-7 del PCM contempla negativamente la posibilidad del distribuidor de exigir un suministro que exceda de lo que habitualmente suele demandar en la época en que lo solicita excepto que no medie un periodo de preaviso razonable.
- c) En el último supuesto, las partes podrán tener en consideración el art. 12.4 LPCD (2011) o el 5103-3 apdo 4°, que son idénticos, en el que se incluye la redacción de una cláusula relativa a la recompra del stock sobrante. Este precepto dispone: *“Cuando las partes pacten la entrega de suministros en régimen estimatorio con posibilidad de devolución de las mercancías o ventas con pacto de recompra, el plazo de devolución se adaptará a la caducidad comercial o técnica del producto suministrado”*.

Finalmente, se produce un supuesto específico en las obligaciones de venta y de compra mínima de los contratos de distribución selectiva. Aunque tanto el PCM (2013) como la PALCM (2018) prescinden de esta modalidad en lo que respecta la determinación de objetivos comerciales, tanto el art. 12.1 *in fine* PLCD (2011) como el art. 5103-3 2° de la

---

<sup>687</sup> Este tema será tratado en el Capítulo 4 de la II parte de este trabajo, relativo a la alteración sobrevenida de circunstancias.

PCC elaborada por la APDC (2016) ponen el acento en esta modalidad contractual, puesto que el proveedor podrá obligar al distribuidor a la compra de lotes o de series de suministro con productos incluso, no requeridos por éste, en virtud del sistema de comercialización completo de marca o imagen comercial que caracteriza a esta modalidad contractual.

Por tanto, esta afirmación genera dos tipos de incumplimiento propios del contrato de distribución selectiva, atinentes a los objetivos de venta mínima y de compra.

- a) De un lado, el primer tipo de incumplimiento se produce cuando se vulnera la obligación de compra exclusiva por parte del distribuidor. La mayor parte de los contratos de distribución selectiva prevén unas cláusulas de suministro de bienes en las que se establece la prohibición al distribuidor de adquirir dichos bienes fuera de la red establecida entre proveedor y distribuidor –para no deteriorar la imagen de marca-, y en la forma impuesta por la marca o imagen comercial.
- b) De otro, se impone también al proveedor la prohibición de la venta de sus productos a un distribuidor no integrado en la red de distribución, en la cuantía necesaria conforme a su política empresarial e imagen de marca<sup>688</sup>.

#### 2.4. Incumplimiento del Pacto de Exclusiva

Las partes podrán fijar en los contratos de distribución pactos de exclusiva a uno o a ambos contratantes para la comercialización de una gama de productos o servicios, en un determinado espacio geográfico<sup>689</sup> o bien, a un grupo identificado de clientes<sup>690</sup> respetando las limitaciones impuestas por el Derecho de competencia<sup>691</sup>.

---

<sup>688</sup>Al igual que sucede en el Derecho español, la doctrina francesa justifica la prohibición de reventa fuera de red para los contratos de distribución selectiva, dado que, en otras modalidades se impediría la competencia falseando la oferta y la demanda del mercado MENDOZA-CAMINADE, A., *Droit de la Distribución*, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2011, p. 19.

<sup>689</sup> El establecimiento de cualquier pacto de exclusiva territorial deberá fijarse de forma clara y precisa en el contrato. Porque de lo contrario, se entenderá “*que la exclusiva territorial abarca la mayor de las zonas posibles*”, excepto las partes hayan dispuesto otra cosa en el contrato.

<sup>690</sup> Así lo disponen el art. 13.1 PLCD y el art. 5103-4 1º relativos a los Pactos de Exclusiva de la Propuesta de Código Civil, elaborada por la APDC.

<sup>691</sup> Los pactos de exclusiva establecidos en los contratos de distribución se convierten en instrumentos que crean fronteras artificiales que dificultan, cuando no impiden, el tráfico comunitario. Siguiendo a CURTO POLO, M., “Pactos de exclusiva: territorial o grupo de clientes. Excepciones a la exclusiva. Ventas directas

La finalidad de los pactos de exclusiva tiene por objeto garantizar el cumplimiento del negocio principal, tal y como se ha previsto. La exactitud de la prestación es un requisito de la noción de cumplimiento que requiere tres elementos integrantes: identidad, integridad e indivisibilidad del pacto<sup>692</sup>. Tales requisitos contribuyen a precisar de forma concreta el contenido contribuyendo al cumplimiento de las prestaciones en detrimento de la aplicación del remedio resolutorio.

El pacto de exclusiva está igualmente previsto en todas las propuestas de regulación de los contratos de distribución elaboradas en nuestro ordenamiento jurídico. Aunque son semejantes y comparten dos de las modalidades expuestas, -exclusiva territorial y personal- los textos presentan algunas diferencias, que ahora se van a concretar.

-De un lado, tanto la PLCD (2011) como la Propuesta de Código Civil elaborada por la APDC (2016) –en sus arts. 13.1 y 5103-4, respectivamente- contemplan los pactos de exclusiva referidos a un determinado espacio geográfico, a una gama de productos o servicios o a un grupo de clientes. Por su parte, la PCM (2013) en su art. 543-9 PCM omite el pacto exclusivo a un grupo de clientes y, aunque cita el pacto relativo a los bienes y servicios, no entra a valorar de forma completa el alcance de su exclusividad.

-De otro, todos los textos analizan en profundidad el pacto por el que se establece una exclusiva territorial a favor de un determinado distribuidor, cuya zona deberá delimitarse con precisión en el contrato; si bien, existen dudas acerca de la propuesta más idónea que aborde la delimitación geográfica en exclusiva. Entre ellas, destacan las siguientes:

1. El art. 13.2 PLCD (2011) resulta, en mi opinión, el texto más completo en la medida que resuelve mejor las incógnitas territoriales en caso de conflicto.

---

del proveedor”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca y Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.299.

<sup>692</sup> Para profundizar sobre el tema, PEÑA ROMERO, K., *El Pacto de Exclusiva*, Thompson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 205

En este sentido, el citado precepto dispone: *“En caso de duda sobre el ámbito de la atribución, se entenderá que la exclusiva abarca la mayor de las zonas posibles. En caso de conflicto por la atribución parcialmente coincidente de una misma área geográfica a dos distribuidores, se estará a lo dispuesto en los contratos y, en caso de duda, a un reparto equitativo”*.

2. A diferencia del anterior, el art. 543-9 2º PCM (2013), tan sólo apunta que *“en el caso contrario, se entenderá que la exclusiva territorial abarca la mayor de las zonas posibles”*. Por lo que, esta propuesta es del todo incompleta y no aporta una solución posible a la hipotética disputa que podría producirse entre los distribuidores limítrofes. De hecho, supone un paso atrás respecto del texto anterior, en el que se propone resolverlo conforme a lo establecido en los contratos y, en su defecto, mediante un reparto equitativo.
3. En la PCC (2016) elaborada por la APDC se ha adoptado una posición híbrida en la delimitación del pacto de exclusiva entre ambos textos -el fallido PLCD (2011) y la PCM (2013)-. Esta posición intermedia consiste en respetar los derechos de exclusividad territoriales atribuidos a otros distribuidores y, en caso de duda, deja al margen los criterios de equidad que sí contempla el art. 13.2 PLCD. Por lo que tampoco resuelve los posibles incumplimientos de la exclusividad territorial de las partes que pueden acontecer en la práctica.

Como es sabido, el poder de negociación está presidido por el principio de libertad contractual, por lo que las partes dispondrán de su propia voluntad para delimitar el pacto de exclusiva; con la salvedad de las limitaciones legalmente exigibles, y, con la máxima de asimetría que acecha a la negociación de las relaciones distributivas. Especialmente, porque como se ha advertido, el proceso de formación del contrato adolece de una verdadera justicia conmutativa que se agrava, una vez extinguido el pacto por el despliegue de consecuencias exigido al distribuidor o parte débil del contrato<sup>693</sup>. Ante la

---

<sup>693</sup> Aún así, la verdadera necesidad de proteger al distribuidor se hace todavía más patente en el momento de la extinción del contrato. La doctrina española no ha sido la única en poner de manifiesto la situación de desamparo en la que se encuentra el distribuidor o parte débil tras la ruptura del contrato. En este sentido, el profesor francés BEAUCHARD ha calificado la terminación contractual del contrato como un elemento patológico. Para ampliar sobre el tema, BEAUCHARD, J., « La nécessaire protection du concessionnaire et

carencia de una solución legal y, pese al intento del legislador de ampliar el área de influencia exclusiva del distribuidor para los casos dudosos que afectan a la competencia interior de la marca; la única solución posible pasa por una solución contractual que, como se aprecia, dista de ser equitativa. El equilibrio en el poder de negociación entre las partes contribuye al cumplimiento de las obligaciones en el contrato. De lo contrario, será más frecuente la posibilidad de que éstas incumplan con las obligaciones suscritas en el contrato.

En lo que respecta al incumplimiento de los pactos de exclusiva puede acontecer por la vulneración de dos modalidades de cláusulas distintas, que son:

- a) la obligación del distribuidor de aprovisionarse de determinados bienes o servicios únicamente el proveedor. O bien, de la persona designada por éste.
- b) El deber de actuar en un área de influencia delimitada por el proveedor quién, su vez, se compromete a vender únicamente a un distribuidor concreto los bienes o servicios especificados previamente en el contrato.

Conforme a lo expuesto en estos casos, conviene advertir que, en ocasiones, no es infrecuente que al declarar el incumplimiento del distribuidor, la verdadera intención del proveedor o franquiciador es apropiarse de las cuasi-rentas del franquiciado o distribuidor de forma directa, abriendo puntos de venta propios o nombrando a otros distribuidores con condiciones más ventajosas para él mismo, aunque para ello deba invadir la zona de influencia o de exclusiva dando lugar a una intromisión ilícita en los derechos del otro. La principal consecuencia de la invasión del área contractual del proveedor privilegiado en la zona geográfica exclusiva del distribuidor conlleva también una disminución de la clientela, que se traduce en una caída de las ventas y decremento del nivel de objetivos<sup>694</sup>.

---

du franchisé à la fin du contrat », *Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, Paris, 2008, p.38.

<sup>694</sup> En este sentido, PEÑA ROMERO, K., *El Pacto de Exclusiva*, Thompson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 151.

Asimismo, la invasión de la zona de exclusiva no es un fenómeno aislado de nuestro ordenamiento jurídico, sino que es también muy frecuente; tanto en otros sistemas de nuestro entorno como en los Derechos de la órbita del *Common Law*.

En el Derecho anglosajón recibe el nombre de *encroachment*, y puede incluso llevar consigo tanto la invasión de la zona exclusiva de venta del distribuidor como la de su fondo de comercio, de la que se beneficia el proveedor si se acredita el incumplimiento del pacto de exclusiva<sup>695</sup>.

Ahora bien, ante el interés del proveedor de alterar el modelo de distribución se contrapone la intención del distribuidor de permanecer en la red. Al tiempo que aprovecha las inversiones<sup>696</sup> que ha debido asumir para proceder a la explotación de la marca en la zona de influencia. En este contexto, algún sector de la doctrina se plantea la necesidad de equiparar al distribuidor con el consumidor hasta el punto de solicitar la posibilidad de que el distribuidor o franquiciado recibiera el mismo tratamiento que un trabajador en un contrato laboral, o bien un arrendatario en un contrato de arrendamiento de vivienda<sup>697</sup>. En particular, destaca el caso de la doctrina australiana y neozelandesa<sup>698</sup>.

---

<sup>695</sup> Así lo expone, GARCÍA HERRERA, A., *El impacto del tiempo en los contratos de franquicia y distribución exclusiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 18.

<sup>696</sup> Véase MARTÍ MIRAVALLS, J., “Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 285, 2012, pp. 95 y ss.

<sup>697</sup> Aunque desde un contexto general que es distinto del ámbito específico de los contratos de distribución que se expone en el texto principal, en nuestro Derecho, resulta interesante el planteamiento efectuado por el profesor de CASTRO en uno de sus trabajos, en el que se pregunta el alcance del término consumidor y si puede otorgarse tal estatus -con la protección que en Derecho se les reconoce-, a aquellos vendedores y/o pequeñas y medianas empresas que hayan podido ser víctimas de celebración de contratos con grandes empresas o multinacionales. DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, 1982, pp. 990-991.

<sup>698</sup> Los tribunales neozelandeses consideran que los contratos de distribución y franquicia se asemejan más a un contrato laboral que a los contratos de suministro y compraventa. La razón de esta afirmación está -según Chetwin- en la carencia del distribuidor o franquiciado para poder negociar los términos del contrato en igualdad de condiciones que el proveedor o franquiciador. Así, CHETWIN, M., “Relational and Discrete Contracts and Remedies Requiring Supervision: Same Principles?” en *U.W. Australia LawReview*, Vol. 38, 2013-2014, pp. 82-83. El autor señala las diferencias existentes en el contrato de distribución y franquicia entre Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda. Los dos primeros ordenamientos jurídicos han protegido al distribuidor con la entrada en vigor de normativas que le han equiparado con el consumidor. Por el contrario, tanto en Nueva Zelanda como en Reino Unido, los contratos de distribución son atípicos. Chetwin expone cuál es el alcance de la labor jurisprudencial neozelandesa en relación con la protección del distribuidor o franquiciado. Véanse los casos de la Corte de Apelación de Nueva Zelanda, *SkidsProgramme Management Ltd v McNeill* [2013] 1 NZLR 1 y *Husaain V McDonald’s Corp* [2012].

Ciertamente, resulta defendible este argumento no sólo cuando se hace imposible al distribuidor el cumplimiento de algunas de sus prestaciones, pudiendo éste exigir al proveedor el cumplimiento del contrato o su resolución. O incluso su modificación o renegociación cuando desaparece la posibilidad del distribuidor de negociar cualquier estipulación, habida cuenta que el proveedor le facilita un modelo de contrato tipo para firmar. Es en este contexto, en el de la asimetría entre los contratantes, en el que la doctrina internacional de los principales ordenamientos jurídicos de ambos sistemas, - Civil y *Common Law*-, han realizado este planteamiento.

Con todo, algunos autores británicos, –a diferencia de los estadounidenses, sudafricanos, australianos o neozelandeses-, no comparten esta visión relativa a la asimetría *inter partes* durante la negociación del contrato. Por ejemplo, Beale, Harris y Sharpe afirman que el poder que los distribuidores (*retailers or distributors*) no es desdeñable dado su nivel de organizador como grupo de presión (*lobby*) en el sector. Igualmente, se producen otros supuestos en los que distribuidor con buena gestión de resultados pueda abandonar el modelo de distribución; lo que, sin duda, supone una amenaza para el proveedor sobre una determinada área geográfica.

Llegados a este punto, conviene volver a poner de manifiesto que el pacto de exclusiva se considera un acuerdo esencial que se recoge en el contrato con la finalidad de ser cumplido<sup>699</sup>. Y que, en materia de contratos de distribución, la incidencia del pacto de exclusiva implica que su vulneración justifica la aplicación del remedio resolutorio por el perjudicado. Esta afirmación se hace extensible tanto a los ordenamientos jurídicos del *Common Law* como a los que forman parte del Derecho europeo continental.

En la vulneración del pacto de exclusiva de los contratos de distribución se deberá estar al caso concreto, determinando qué obligaciones de exclusiva tienen carácter principal<sup>700</sup> o accesorio, dado que es posible que la parte perjudicada admita el cumplimiento inexacto, parcial, o defectuoso del acuerdo pactado en vez de exigir el remedio

---

<sup>699</sup> En este sentido, PEÑA ROMERO, K., *El Pacto de Exclusiva*, Thompson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 199 y ss.

<sup>700</sup> Se procederá a resolver el contrato cuando el pacto de exclusiva tienda a asegurar la realización del negocio principal, y su vulneración conlleve, en definitiva a la frustración del contrato. En palabras de DE CASTRO, cuando la frustración de la finalidad económica afecte a la causa concreta del contrato. Para profundizar, DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, 1982, pp. 987 y ss.

resolutorio. Especialmente, si dicho incumplimiento no supone la total frustración económica del contrato. En defecto de pacto de exclusiva, el incumplimiento de este deber se regirá por las normas relativas al incumplimiento contractual del art. 1124 CC y, en particular, por las relativas a la indemnización de daños y perjuicios<sup>701</sup>.

Una vez expuesta la visión abordada respecto al incumplimiento del pacto de exclusiva en las distintas propuestas de regulación, y, de algunas pinceladas del Derecho comparado, conviene exponer su alcance en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, muchos son los ejemplos sobre la vulneración del pacto de exclusiva en los contratos de distribución. Independientemente de la modalidad incumplida, –área geográfica en exclusiva, adquisición de bienes y servicios o grupo de clientes–, conviene puntualizar que la vulneración del pacto de exclusiva está considerada como incumplimiento esencial. Para profundizar en su análisis se va a distinguir entre los incumplimientos del pacto de exclusiva más frecuentes en la práctica, entre los que se encuentran:

- a) En primer lugar, el deber de actuar en un área de influencia delimitada.
  - b) En segundo término, la obligación del distribuidor de aprovisionarse de determinados bienes o servicios únicamente del proveedor
- 
- a) Para comenzar con el deber de los contratantes de actuar en un área geográfica delimitada, destaca, un supuesto en el que se reitera la vulneración del pacto de exclusiva como incumplimiento esencial. A modo de ejemplo, destaca la STS, Sala 1ª, de 30 de julio de 2012, (RJ\2012\9006), relativo a la extinción de un contrato de franquicia (resolución por incumplimiento de un pacto de exclusiva) por parte del franquiciador (Climastar Global Company, S.L.) que procedió a comercializar sus productos no sólo con su franquiciada sino también los establecimientos de unos grandes almacenes (El Corte Inglés).

---

<sup>701</sup> Por todos, CURTO POLO, M., “Pactos de exclusiva: territorial o grupo de clientes. Excepciones a la exclusiva. Ventas directas del proveedor”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca y Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.298.

En este sentido, el citado pronunciamiento dispone que: “*la vulneración de tal deber básico comporta una deslealtad suficiente para destruir la confianza en la contraparte singularmente exigible en los contratos de colaboración de ejecución continuada en el tiempo, constituyendo un incumplimiento esencial*<sup>702</sup>”.

Otros pactos de exclusiva previstos en el contrato pueden además llevar consigo la inclusión de una cláusula de exoneración de responsabilidad, o también, una cláusula penal que impida, incluso, la moderación judicial en caso de incumplimiento.

A modo ilustrativo, cabe traer a colación la STS, Sala 1ª, de 23 de octubre de 2012, (RJ\2012\1542), relativa a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva, en el que el distribuidor resolvió el contrato con el proveedor ((la *Cooperativa mercantil Agrícola i Caixa agraria de Montbrió*, en adelante, Montbrió) como consecuencia del incumplimiento del pacto de exclusiva. En contrato de distribución había previsto un pacto de exclusiva cuyo incumplimiento también incluía una cláusula penal. Aunque finalmente, el Alto Tribunal no estimó aplicable la facultad moderadora del art. 1154 CC porque “*no se cumplía el presupuesto legal de un incumplimiento parcial o defectuoso de la obligación, ya que la cláusula penal se había previsto precisamente para el incumplimiento de una obligación parcial del pacto de exclusiva*”.

- b) El segundo escenario posible en los incumplimientos del pacto de exclusiva versa sobre la obligación del distribuidor de aprovisionarse de determinados bienes o servicios únicamente del proveedor. A diferencia del anterior supuesto relativo a la invasión del área de influencia, la STS, Sala 1ª, de 18 de febrero de 2015 (RJ\2015\577), relativa a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva entre (REPSOL Comercial de Productos Petrolíferos S.L., en adelante REPSOL) expone un supuesto de resolución del contrato y

---

<sup>702</sup> Vid. Fundamento de Derecho Quinto de la STS, Sala 1ª, de 30 de julio de 2012, (RJ\2012\9006).

su contraparte por incumplimiento del distribuidor (Eslora Meco S.L.) por vulneración del pacto de exclusiva, establecido en la cláusula 11ª apartado e) del contrato.

*“Se razona que, además del incumplimiento del pacto de exclusiva, Eslora, primero, y luego Catalana de Carburantes, incumplieron la obligación de reintegro del precio de los suministros efectuados y del pago de las facturas de liquidación por declaración de existencias. Y se afirma que «la obligación de reembolso de dichas cantidades dimana de la Estipulación Quinta del contrato de 31 de diciembre de 1996, así como de los arts. 1098, 1091 y 1258 del Código Civil, todos ellos puestos en relación con los arts. 1.100 y 1124 del mismo cuerpo legal ». Y conforme a lo pactado en la cláusula 11ª del contrato, apartado e), este incumplimiento de la obligación de reintegro del importe obtenido por la venta de los productos suministrados a la Estación de Servicio es causa específica de resolución del contrato<sup>703</sup>”.*

En el citado pronunciamiento se afirma que el proveedor de carburantes (REPSOL) se constató que el distribuidor (Eslora) y posteriormente, la sucesora de Eslora en la explotación de la estación de servicio, *“estaba recibiendo suministros de productos petrolíferos de otros operadores distintos”*. Por tal motivo, REPSOL interpuso una demanda contra Eslora, que después amplió contra su sucesora (Catalana de Carburantes, S.L.), en la que pedía *“la resolución del contrato por incumplimiento del pacto de exclusiva e impago de las cantidades adeudadas por la venta de los productos suministrados”*.

Sin embargo, ambos motivos han quedado carentes de relevancia por la declaración de nulidad del contrato de distribución, al haber vulnerado el pacto el Derecho de competencia de la Unión Europea<sup>704</sup>.

---

<sup>703</sup> Vid. Fundamento Jurídico Décimo Octavo de la STS, Sala 1ª, de 18 de febrero de 2015, (RJ\2015\577).

<sup>704</sup> En este sentido, afirma el citado pronunciamiento: *“tras haberse confirmado la nulidad del contrato por las razones expuestas en los motivos precedentes, no cabe analizar la resolución por incumplimiento de un contrato que se ha declarado nulo por ser contrario al Derecho de la Competencia, y por ello no cabe*

## 2.5. Incumplimiento de la obligación de duración del contrato<sup>705</sup> y vulneración del preaviso

La duración del contrato se determina por la voluntad de las partes y está condicionada a sus intereses económicos que, indudablemente, influirán en la extinción del contrato<sup>706</sup>. De este modo, la cláusula de duración permite adecuar el contrato a las necesidades tanto de la empresa fabricante como de los distribuidores, que deberán valorar los riesgos y la planificación de su actividad<sup>707</sup>. El proveedor decide, con asiduidad, la duración de los contratos en la medida que fabrica sus productos crea una red de distribución para comercializarlos controlando su canal de distribución de manera estable. Así, resulta habitual que los contratos de distribución tengan una duración determinada. Pero también es frecuente que una vinculación contractual duradera con el distribuidor pueda suponerle, en un momento dado, una ventaja a la hora de reorganizar su red.

No es cuestión debatida que la duración de los contratos de distribución sea un elemento esencial en la planificación y organización de la red. Las relaciones distributivas tienen una duración determinada o indefinida, y se extinguen en la fecha de su vencimiento. O bien, se prologan hasta que una de las partes decide desistir obligándose a respetar un periodo de preaviso formal. La facultad resolutoria estará condicionada por la duración de los contratos; que da lugar a dos tipos de incumplimiento distintos que, variarán según las partes hayan pactado contratos de duración definida o indeterminada. Entre los incumplimientos posibles, destacamos:

- a) El incumplimiento de las cláusulas de duración del contrato
- b) El incumplimiento del respeto del periodo de preaviso

---

*apreciar la vulneración del art. 1124 CC*". Ahora bien, *nihil obstat* para que la proveedora pueda liquidar la relación contractual en otro procedimiento, tal y como advierte la citada Sentencia. Por tal motivo, "*ello no impide que las partes puedan, en otro procedimiento, liquidar la relación contractual, y, en el curso de dicha liquidación, Repsol podría reclamar el reintegro del precio de los suministros efectuados y del pago de las facturas de liquidación por declaración de existencias*".

<sup>705</sup> Sobre la duración del contrato como causa de extinción de los contratos de distribución se profundizará en el capítulo siguiente (capítulo 3 Parte II) del presente trabajo de investigación.

<sup>706</sup> A modo ilustrativo, cabe traer a colación tal afirmación jurisprudencial en el pronunciamiento de la Sala 1ª, de 21 de noviembre de 2005 (RJ\2005\7677).

<sup>707</sup> Por todos, ALCALÁ DÍAZ, M.A., "El pacto de duración y extinción anticipada de los contratos de distribución", en ALCALÁ DÍAZ, M.A. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 201 y ss.

**a) Incumplimiento de las cláusulas de duración del contrato:**

El primero de los supuestos se produce si las partes deciden poner fin a un contrato de duración determinada con anterioridad a su fecha de vencimiento. En este caso, se estará ante el incumplimiento de las cláusulas de duración que provocará un incumplimiento *ante tempus*<sup>708</sup>.

En este supuesto, la duración del contrato se prolonga hasta la fecha que voluntariamente han determinado las partes. En tal momento, el contrato se da por finalizado. También es posible que el contrato se termine de mutuo acuerdo por las partes, y, en ese momento, el contrato deja de producir efectos automáticamente.

En cambio, si la ruptura del contrato se produce con anterioridad a la fecha de expiración convenida por las partes, y, sin mediar acuerdo entre ellas, se ha produce un incumplimiento de los términos pactados que generará el deber de indemnizar a la otra parte<sup>709</sup>.

- b) En segundo lugar, **los contratantes que se obligan mediante un contrato de duración indefinida** están facultados para extinguir el contrato de distribución mediante el desistimiento unilateral, respetando un plazo de preaviso formal. De lo contrario, incurrirán en el incumplimiento de una obligación esencial, que es el respeto del periodo de preaviso.

En defecto de pacto, los contratos de distribución serán considerados indefinidos y, en ningún caso, las partes pueden quedar vinculadas por los mismos *sine die*<sup>710</sup>. En esta circunstancia, como se ha advertido en el análisis de la facultad extintiva del desistimiento, existen dos posibilidades: que las partes hubieran previsto la posibilidad

---

<sup>708</sup> Con la salvedad de que ambas partes estén conformes con la terminación del contrato.

<sup>709</sup> La posición doctrinal española al respecto es unánime. En este sentido, LARA GONZÁLEZ, R., Las causas de extinción del contrato de agencia, Civitas, Madrid, 1998, pp. 148 y ss., LÓPEZ EJARQUE, S., “Resolución de contratos de distribución. Estudio jurisprudencial”, *IURIS*, nº 99, noviembre 2005, p. 29. También en el Derecho francés, véase FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations*, Presses Universitaires de France, Paris, 2012, pp. 596 y 597.

<sup>710</sup> Por todos, VAQUERO PINTO, M.J., en CARBAJO GASCÓN, F., (Dir.) “Duración del contrato. Extinción por tiempo determinado y tiempo indefinido. Preaviso”, *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca y Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 520 y ss.

de ejercitar el desistimiento del contrato *ad nutum*; o bien, que no lo hubieran contemplado.

-De haberlo contemplado, las partes pueden extinguir el contrato ejercitando el desistimiento unilateral, quedando obligadas a respetar el periodo de preaviso acordado. De modo que permita a la parte perjudicada amortizar las inversiones realizadas o, al menos, terminar la relación distributiva de la forma menos gravosa posible. La inobservancia por una de las partes del plazo de preaviso fijado en el contrato implica la vulneración de una de las obligaciones prescritas por los contratantes. Y, por tanto, esta conducta extintiva se convierte en un verdadero incumplimiento.

-Por otra parte, si las partes no han incluido una cláusula de terminación que contemple el desistimiento unilateral, éstas estarán igualmente legitimadas para ejercitarlo. No sólo porque las relaciones perpetuas están prohibidas sino también porque carece de sentido imponer un contrato colaborativo de confianza a una de las partes cuando la otra no está dispuesta. Ahora bien, la parte que decida desistir deberá también respetar un plazo de preaviso formal aún cuando las partes no lo hayan previsto. Es más, el preaviso supone un elemento esencial del contrato de distribución, y su ausencia en el desistimiento está considerada como una conducta no conforme al deber de lealtad y buena fe, cuya singularidad se representa en los arts. 57 CCom y 1258CC.

Por todo lo expuesto, la facultad de desvincularse del contrato sin respetar el plazo fijado por las partes en el contrato es, salvo que concurra causa razonable para omitir tal comunicación<sup>711</sup>, un incumplimiento de los términos pactados<sup>712</sup>.

La obligación de preavisar prevalecerá incluso si las partes no la han previsto expresamente en el contrato; debiéndose considerar tanto el caso concreto como sus circunstancias. En consecuencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia aconsejan que

---

<sup>711</sup> En este sentido, véase el Fundamento Jurídico Tercero de la STS, Sala 1ª, de 18 de julio de 2012 (RJ\2012\8363) relativa a la extinción de un contrato de distribución entre el distribuidor (Distribución de bebidas y alimentación Molinero García S.L.) y los proveedores (Schweppes y La Casera).

<sup>712</sup> Vid. CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), p. 867.

las partes pacten una cláusula de duración que incorpore un periodo de preaviso adecuado a las particularidades del sector comercial.

En lo que respecta al cómputo adecuado del plazo de preaviso, resulta curiosa -a modo ilustrativo- la STS Sala 1ª, de 14 de junio de 2011, (RJ\2011\4531), relativa a la extinción de un contrato de concesión de suministro de agua Cafariz (Lanzarote) celebrado durante un periodo determinado de duración (3 años) entre el proveedor (Insular Aguas de Lanzarote, S.A.) y el distribuidor (Guerra Fernández, S.L.) en cuyo contrato se permitía el desistimiento del contrato, para evitar su prórroga automática, antes de que faltaran 3 meses para que expirara. El proveedor interpone demanda contra el distribuidor alegando el impago de unas facturas. Por su parte, la demanda reconviene alegando el que proveedor no se ha respetado el periodo de preaviso pactado en el contrato (11 de julio de 2011), que le permitiera conocer su voluntad de no renovar el contrato. La Sala 1ª del Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación advirtiendo que el deseo de no renovar se había comunicado en plazo (11 de abril de 2011) puesto que *“el cómputo de los plazos establecidos por año, se computan de fecha a fecha”*. Por un día, no se había incumplido la obligación de poner en conocimiento su decisión de no renovar el contrato de concesión.

De esta forma, la parte más desfavorecida por el desistimiento puede reorganizar su actividad empresarial con anterioridad a la extinción del contrato. El principal conflicto reside en la concreción del plazo que, en ausencia de previsión contractual expresa, dependerá de las circunstancias concurrentes del caso, siempre que sea razonable y suficiente<sup>713</sup>.

---

<sup>713</sup> La STS, Sala 1ª, de 15 de marzo de 2011, (RJ\2011\3321) argumenta - en un caso de extinción de un contrato de distribución por modificación de condiciones de pago y entrega de productos - que el plazo de preaviso debe ser suficiente para que el distribuidor (en este caso, MAGSOR, S.A.) pudiera organizarse. En el caso expuesto, el proveedor (CNH MAQUINARIA SPAIN, S.A.) no concedió a la distribuidora un periodo de tiempo razonable para adaptarse a las nuevas condiciones del contrato. Por lo que, la distribuidora (MAGSOR, S.A.) no pudo llevar a cabo las oportunas condiciones comerciales con sus clientes ni buscar alternativas tras la resolución del contrato. Lo que provocó una pérdida de la clientela debido a una carencia de tiempo suficiente para poder reestructurar la empresa sin despedir a nadie, ni para

En línea con lo anterior, con la salvedad de contadas excepciones, no existe un plazo unánime que determine el periodo de preaviso adecuado que debe otorgarse a la otra parte para desistir el contrato. De hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia atienden al principio de autonomía de la voluntad para fijar dicho periodo con la única limitación de la razonabilidad para la contraparte perjudicada. Ante una asimetría en el poder de negociación de los contratos, el legislador intervino en un supuesto semejante pero no idéntico para proteger los intereses del agente frente al principal mediante lo establecido en el art. 25 LCA, que se ha convertido en un criterio mayoritariamente aplicado por la doctrina y la jurisprudencia<sup>714</sup>. Este precepto considera necesario que las partes comuniquen su decisión de extinguir el contrato con una antelación de un mes por cada año de contrato, con un máximo de seis meses. Como es sabido, la LCA no es directamente aplicable a los contratos de distribución; si bien, puede resultar de inspiración para la redacción e interpretación de dichos contratos<sup>715</sup>. Con todo, no existe posibilidad de acudir automáticamente a la aplicación analógica de la LCA, en la medida que entre ambas figuras no se aprecia, en todos los casos, identidad de razón<sup>716</sup>. En especial, porque el agente comercial no asume el riesgo que sí debe soportar un distribuidor en el momento que desarrolla su actividad comercial<sup>717</sup>.

Sin embargo, la aplicación analógica de la LCA para la fijación del periodo de preaviso razonable que permita a cualquiera de las partes ejercitar el desistimiento del contrato no puede tomarse como criterio único en la práctica. Es más, no es infrecuente que los

---

vender las existencias. Se pronuncia la resolución judicial advirtiendo que *“la comunicación de las nuevas condiciones con menos de un mes de anticipación a la puesta en práctica de la nueva política comercial, vulneraba la exigencia de un preaviso prudente, que debía dar lugar a una indemnización en el supuesto de que causase daños y perjuicios”*.

<sup>714</sup> El apartado 2º del art. 25 de la LCA establece que *“el plazo de preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes”*. Asimismo, el apartado 3º del mismo artículo advierte que *“las partes podrán pactar mayores plazos de preaviso, sin que el plazo para el preaviso del agente pueda ser inferior, en ningún caso, al establecido para el preaviso del empresario”*.

<sup>715</sup> En este sentido, Fundamento de Derecho Primero de la STS, Sala 1ª, de 9 de julio de 2008, (RJ\2008\4369).

<sup>716</sup> Vid. el Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, de 22 de junio de 2010 (RJ\2010\5408), relativa a la terminación de un contrato de distribución en el que el fabricante desistió sin preaviso, en cuyo pronunciamiento se advierte que tanto desde la STS de Pleno de la Sala 1ª del TS de 15 de enero de 2008 (RJ\2008\1393), *“la jurisprudencia más reciente de esta Sala rechaza la aplicación mimética o automática del régimen jurídico del contrato de agencia al contrato de distribución incluso para la compensación o indemnización por clientela”*.

<sup>717</sup> Aunque en ocasiones cabe la aplicación analógica de la LCA para resolver los problemas que se suscitan en los contratos de distribución, la jurisprudencia no lo autoriza automáticamente, porque no se aprecia, en todos los casos, una identidad de razón entre ambas figuras. En este sentido, véanse, entre otras, las STSS de 15 de marzo de 2011 y de 21 de noviembre de 2005.

proveedores y franquiciadores impongan a distribuidores, concesionarios y franquiciados un clausulado previamente redactado por ellos, que determine el contenido principal de la duración del contrato y sus efectos. Se produce con asiduidad en los supuestos relativos a los contratos de concesión de vehículos, como sucede en el caso siguiente:

En este sentido, destaca la STS, Sala 1ª, de 22 de mayo de 2009, (RJ\2009\3035) relativo a la extinción de un contrato de concesión entre el concedente (BMW Ibérica, S.A.) y su concesionario (Azahara Motor, S.A.) reconociendo el ejercicio de la facultad de desistimiento unilateral del concedente “*con base en la cláusula contractual de disentimiento ad nutum*”. En particular, el concedente desistió del contrato “*de conformidad con la cláusula contractual (11.2 y 3) que establecía un plazo de preaviso de dos años, ...que se integra en un contrato tipo para todos los concesionarios de BMW negociado entre la Marca y la Asociación Nacional de Concesionarios de BMW*”<sup>718</sup>.

Asimismo, el Fundamento de Derecho Segundo de la citada Sentencia advierte que la cláusula contractual que establecía el plazo de preaviso no es abusiva “*porque se trata de una cláusula de carácter bilateral que se adecúa a la reglamentación comunitaria europea (Rto. 1475/95, de la Comisión, de 28 de Junio (LCEur 1995, 1325) además de integrarse en un contrato tipo negociado entre la Marca y la Asociación Nacional de Concesionarios de BMW*”.

Aunque tanto el proveedor como el distribuidor tienen libertad para diseñar sus respectivas políticas comerciales y fijar las condiciones para vincularse, el distribuidor interesado en formar parte de la red de distribución deberá, en la mayor parte de los casos<sup>719</sup>, limitarse a aceptar las condiciones impuestas por el proveedor.

---

<sup>718</sup> Vid. Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, de 22 de mayo de 2009, (RJ\2009\3035). En el citado Fundamento se advierte que la cláusula contractual que establecía el plazo de preaviso no es abusiva porque se trata de una cláusula de carácter bilateral que se adecúa a la reglamentación comunitaria europea además de integrarse en un contrato tipo negociado entre la Marca y la Asociación Nacional de Concesionarios de BMW.

<sup>719</sup> Se exceptúan los supuestos de distribución de productos derivados de la cadena alimentaria además de otros bienes y servicios cuya comercialización depende de las grandes cadenas de distribución. Para profundizar, ANTONMATEI P.H., y RAYNARD, J., *Droit civil. Contrats Spéciaux*, 7e éd., Lexis Nexis, Paris, 2013, p.36.

En este contexto, resulta conveniente traer a colación la ya mencionada STS, Sala 1ª, de 9 de julio de 2008, (RJ\2008\4369), relativa a la extinción de un contrato de subdistribución entre la empresa proveedora de un refresco de cola (COCA COLA, S.A.) y el distribuidor (REFRESCOS Envasados del Sur, S.A.). En esta resolución, Tribunal Supremo estimó oportuno que las partes hubieran convenido un plazo de preaviso de tan sólo siete días en base al entendimiento y confianza mutua. Sin embargo, el Alto Tribunal no consideró relevante la asimetría entre las partes y las cláusulas de adhesión a las que hacía referencia la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Sevilla al resolver el recurso de apelación número 3400/00, en el que se consideraba que el plazo de preaviso de “*siete días pactado en el contrato litigioso era abusivo a la vista de los plazos establecidos en la Ley del Contrato de Agencia*”<sup>720</sup>.

Asimismo, resulta conveniente traer a colación los límites que el Derecho de competencia impone al principio de autonomía de la voluntad de los contratantes del sector del automóvil en lo relativo a la fijación del plazo de preaviso. En este sentido, el artículo 3.5 b) del Reglamento (CE) 1400/2002, de 31 de julio de 2002, (a día de hoy, Reglamento 461/2010, de 27 de mayo de 2010) relativo a la aplicación del art. 101.3 TFUE (anterior art. 81.3 TCE) establece la obligación de preavisar con un mínimo de dos años antes de ejercitar el desistimiento unilateral del contrato de concesión o distribución exclusiva. A modo de ejemplo, destacan las SSTS, Sala 1ª, de 5 de marzo de 2013 (RJ\2013\2415) y de 1 de junio de 2012 (RJ\2012\6699).

-En la primera de las resoluciones, la STS, Sala 1ª, de 5 de marzo de 2013, (RJ\2013\2415) las partes habían estipulado en la cláusula resolutoria de un contrato de concesión un plazo de preaviso inferior a dos años, obligatorio en virtud del citado art. 3.5 b) del Reglamento (CE) 1400/2002. El proveedor (NISSAN) desistió del contrato de concesión de automóviles respetando el

---

<sup>720</sup> Como se ha pronunciado la jurisprudencia analizada, aunque la LCA no se aplica de forma automática a los contratos de distribución; si bien, puede servir de inspiración para los criterios interpretativos de dichos contratos. En este sentido, Fundamento de Derecho Primero de la STS, Sala 1ª, de 9 de julio de 2008, (RJ\2008\4369).

plazo previsto en el contrato<sup>721</sup>, y el concesionario interpuso demanda alegando el incumplimiento del deber de preaviso por parte del concedente. Sin embargo, el Tribunal Supremo no pudo apreciar la vulneración del respeto de preaviso porque se acreditaron previos incumplimientos del concesionario que legitimaron la resolución del contrato con un preaviso de treinta días. El Tribunal Supremo advirtió que tanto *“las Instancias inferiores como el Tribunal no contradijeron la normativa europea relativa al plazo de preaviso, pues la causa de resolución era otra distinta de la resolución unilateral del contrato sin causa justificada”*.

-Tampoco se advirtió abuso o mala fe por parte del concedente (SUZUKI) en el supuesto que desarrolla la STS, Sala 1ª, de 1 de junio de 2012 (RJ\2012\6699), relativo a la extinción de un contrato de concesión. En el contrato se reconocía –a cualquiera de las partes- la facultad de extinguir el contrato de forma unilateral mediante un desistimiento *ad nutum*, respetando el plazo de preaviso de dos años, conforme a lo exigido en el citado precepto (art. 3.5 b) del Reglamento (CE) 1400/2002, hoy Reglamento (CE) 461/2010). Tal periodo fue respetado por el empresario concedente. Con todo, en este y en otros supuestos, la jurisprudencia ha venido declarando la *“validez del pacto por el que se atribuye a cualquiera de los contratantes la facultad de extinguir unilateralmente una relación contractual del tipo y con la indeterminada duración de la que vincula a las sociedades litigantes, sin necesidad de incumplimiento previo de las obligaciones convenidas siempre que su ejercicio no resulte extralimitado a la luz del estándar del comportamiento que sanciona el artículo 7 del Código Civil”*<sup>722</sup>.

---

<sup>721</sup> El contrato contenía una cláusula resolutoria (30.4 b) que preveía la facultad de resolverlo y que se haría efectiva a los treinta días naturales a la recepción de la notificación. Debido al incumplimiento acreditado del concesionario en los estándares de selección de la concedente (NISSAN) y de los objetivos mínimos de venta convenidos, el concedente pudo justificar que no había incumplido el respeto del preaviso de dos años, tal y como establece la normativa europea. Se trata, por tanto, de un supuesto de resolución por incumplimiento por parte del distribuidor y no, de una extinción del contrato de concesión por desistimiento unilateral contraria a la doctrina de la buena fe. Para ampliar, véase el Fundamento de Derecho primero de la STS, Sala 1ª, de 5 de marzo de 2013 (RJ\2013\2415).

<sup>722</sup> Fundamento de Derecho nº 4 de la STS, Sala 1ª, de 1 de junio de 2012, (RJ\2012\6699)

Una vez expuestas las limitaciones respecto a la fijación del periodo de preaviso por el Derecho de competencia, parece conveniente valorar las opciones contempladas por la doctrina en algunas de las propuestas de regulación de los contratos de distribución.

-En este sentido, la Asociación de Profesores de Derecho Civil<sup>723</sup> (en adelante, APDC) advierte que las partes pueden establecer libremente los plazos de preaviso que entiendan razonables, siempre que sean iguales para ambas partes y que tengan en cuenta la posición de dependencia económica que una de las partes del contrato pueda tener respecto de la otra. En su defecto, se considerará razonable el preaviso de un mes por cada año de vigencia, con un máximo de seis, al igual que establece el art. 25 LCA. Para los contratos de duración inferiores al año, el plazo de preaviso será de un mes.

Con todo, la doctrina no es unánime en lo que respecta a la eficacia del preaviso<sup>724</sup>, salvo en lo que respecta a la situación de debilidad en la que se encuentra el distribuidor<sup>725</sup>. La finalidad general de establecer el deber de preaviso es, en parte, una medida de protección del distribuidor. Pero ¿por qué motivo debe protegerse al distribuidor en las relaciones contractuales duraderas?

Como se ha advertido, el preaviso es un deber que las partes deben asumir en la extinción de los contratos de duración indefinida y se fundamenta en el principio de la buena fe. Es necesario que el proveedor o concedente no actúe abusivamente habida cuenta la

---

<sup>723</sup> Para profundizar, vid. GÓMEZ POMAR, F. y VIERA GONZÁLEZ, A.J., del Capítulo IV relativo a la extinción de los contratos de distribución, en el Título X “De los contratos de distribución” del Libro V del Código Civil, “De Obligaciones y contratos” para la determinación del periodo de preaviso, art. 5104-2.2º y 3º, *Propuesta de Código Civil*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 262-63.

<sup>724</sup> En este sentido, ALCALÁ DÍAZ expone dos posiciones antagónicas de la doctrina respecto de la eficacia del preaviso, distinguiendo entre quienes consideran la eficacia obligatoria del preaviso cuyo incumplimiento –aunque no afectaría a la eficiencia del desistimiento– desplegaría la obligación de indemnización; y, por otro lado, para quiénes supondría un efecto suspensivo de la declaración de voluntad revocatoria. A su vez, incluye una posición intermedia, que considera al preaviso como una supuesto de eficacia revocatoria *ad nutum*, cuyo incumplimiento permitiría a la otra parte, o bien, exigir el cumplimiento del contrato o bien, su resolución tal y como establece el art. 1124 del Código Civil. ALCALÁ DÍAZ, M.Á., “El pacto de duración y extinción anticipada de los contratos de distribución”, en *Los contratos de distribución comercial: Aspectos económicos y jurídicos*, pp. 210 y ss.

<sup>725</sup> Para ampliar sobre el tema, resulta de interés el estudio realizado sobre la compensación del desequilibrio contractual en los contratos de concesión mercantil y franquicia del distribuidor en el Derecho continental; especialmente contrastando el Derecho alemán y francés, LICARI, F.X., *La protection du distributeur intégré en Droit français et allemand*, Fédération nationale pour le Droit de l’entreprise, Litec, LexisNexis, Paris, 2001.

precariedad de la situación jurídica en la que deja al concesionario o distribuidor al poner fin al contrato de una forma sorpresiva. La falta de preaviso o el escaso margen temporal en la finalización del contrato por parte de la concedente agravarán el daño producido al concesionario, que no se habría producido en caso de comunicárselo en un plazo superior<sup>726</sup>. Incluso puede suponer para el distribuidor el cese de su actividad empresarial.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha advertido que corresponde a los tribunales de instancia apreciar la concurrencia de abuso de Derecho o de mala fe relativos a la omisión del respeto al plazo de preaviso. La parte perjudicada debe probar la falta de preaviso, de buena fe y en su caso, de competencia desleal, de modo que, de no cumplirse, tendría derecho al daño resarcible derivado del tal incumplimiento<sup>727</sup>. Por el contrario, de no probarse, no le correspondería la causa resarcitoria<sup>728</sup>.

En lo relativo a los contratos de distribución, la jurisprudencia del Alto Tribunal se pronuncia advirtiendo en las SSTs de Pleno de 15 de enero (RJ\2008\1393) y de 26 de marzo de 2008 (RJ\2008\4128) que la parte que desista lo comunique con un plazo de tiempo suficiente y razonable. También se confirma tal línea jurisprudencial trayendo a colación lo establecido en una resolución judicial anterior a los mencionados pronunciamientos, -particularmente, en la STS, Sala 1ª, de 26 de junio de 2003, (RJ\2003\4308), en la que se sostiene que *“la jurisprudencia consolidada al respecto exige de tres a seis meses de promedio”*<sup>729</sup>.

Finalmente, no parece posible que, ni a corto o medio plazo, el legislador aporte nuevos instrumentos jurídicos que permitan a la jurisprudencia aumentar la protección del distribuidor. Por el momento, la protección del distribuidor no puede ir más allá de la necesidad de establecer un plazo de preaviso que resulte razonable para evitar que la extinción del contrato aumente el daño.

---

<sup>726</sup> Para ampliar, véanse, entre otras, las STSS de 29 de septiembre de 2006 (relativa a la extinción de un contrato de distribución por el incumplimiento del distribuidor), además de las SSTs de 18 de julio de 2000 y de 13 de junio de 2001.

<sup>727</sup> En este extremo, STS, Sala 1ª, de 21 de noviembre de 2005 (RJ\2005\7677).

<sup>728</sup> En este sentido, vid la STS, Sala 1ª, de 18 de julio de 2012 (RJ\2012\8363).

<sup>729</sup> Para profundizar, véase el Fundamento Jurídico Cuarto de la STS, Sala 1ª, de 26 de junio de 2003, (RJ\2003\4308), relativa a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva por parte de la proveedora (REGGIANI ILLUMINAZIONE SPA) contra la distribuidora (ALDANI, S.A) sin respetar un periodo de preaviso razonable.

Por su parte, resulta interesante percibir como se resuelve este factor en el Derecho comparado.

-De un lado, no nos detendremos ahora en analizar este supuesto respecto los ordenamientos del *Common Law*, habida cuenta que se ha profundizado sobre este extremo en capítulos anteriores.

-De otro, resulta interesante la visión de algunas familias jurídicas europeas como el Derecho francés, cuya determinación del periodo de preaviso presenta un estudio singular por dos razones opuestas. En primer lugar, se opone a la necesidad de dotar al distribuidor de un estatuto legal que regule los contratos de distribución y proteja, en mayor medida, sus intereses. De hecho, a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, la mayor parte de la doctrina ha rechazado la aplicación analógica de la normativa del contrato de agencia (art. L. 134-12 del *Code de Commerce*) a la extinción de los contratos de distribución, calificando la propuesta de “ingeniosa” o “subversiva”<sup>730</sup>. Aunque, en segundo término, la jurisprudencia llega a considerar abusiva la facultad de desistir del contrato de distribución indefinido, incluso, si se respeta el plazo de preaviso previsto en el contrato<sup>731</sup>.

Por otra parte, el legislador sí se ha inclinado por la protección del distribuidor en el art. L 442-6, I 5º del *Code du Commerce* francés al establecer la obligación de respetar el periodo de preaviso antes de poner fin a una relación contractual de duración indefinida de los contratos mercantiles. Lo que se ha considerado finalmente, en parte, como un instrumento de protección del distribuidor por parte del legislador francés<sup>732</sup>.

---

<sup>730</sup> La aplicación analógica de lo dispuesto en la regulación francesa para el contrato de agencia para los contratos de distribución fue propuesta por el autor LICARI en *Par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé* (Quelques réflexions à propos de CA Paris, 1<sup>er</sup> mars 2006, Sté General Motors c/ Sté Coroller Automobiles) : Rev. Lamy dr. Aff. 2007, n° 785. Si bien, tal proposición, no tuvo gran acogida entre la doctrina con la salvedad de otros autores consagrados en la materia como LE TOURNEAU. Para profundizar, LE TOURNEAU, Ph., *Le contrats de concession*, LexisNexis, Paris, 2010, p. 111.

<sup>731</sup> Así lo expone, LE TOURNEAU, Ph., *Op . cit.*, 2010, pp. 149 y ss.

<sup>732</sup> La mayor parte de la doctrina francesa considera insuficiente la redacción del art. L. 442-6 I, 5º del *Code du Commerce* para proteger al distribuidor del desistimiento unilateral del contrato, en el caso que el proveedor no haya respetado el periodo de preaviso. Por todos, LE TOURNEAU, Ph., *Le contrats de concession*, LexisNexis, Paris, 2010, p.148 y LICARI, F.X ., *La protection du distributeur intégré en droit*

## 2.6. Incumplimiento del contrato por deterioro de la imagen de marca

El control de la imagen de marca tiene especial trascendencia en el Derecho de redes, en general y en los contratos de distribución, en particular. Tal afirmación se traduce en la obligación del distribuidor de conservar la reputación de los bienes y productos del proveedor durante todo el proceso de comercialización; incluida la atención o servicio postventa. La observancia del distribuidor de la política de marca y publicidad del proveedor es fundamental para el cumplimiento del contrato tanto para preservar el prestigio de los signos del proveedor como para conservar la unidad de su imagen comercial<sup>733</sup>.

De nuevo, se pone de manifiesto en los contratos de distribución la posición asimétrica de los contratantes, en la medida que estas modalidades contractuales responden a la naturaleza de acuerdos verticales. En este sentido, la actividad de comercialización de los bienes y servicios del distribuidor, pese a su independencia jurídica y a la asunción del riesgo individual en sus operaciones comerciales, debe respetar las instrucciones realizadas por parte del proveedor<sup>734</sup>. De hecho, estas directrices tienen especial relevancia en aquellas modalidades contractuales que ofrecen un mayor grado de integración en el sistema de distribución, como es el caso de la franquicia o distribución selectiva. Dicho lo anterior, los productos ofertados por el franquiciados requieren de su adaptación al nivel y especificidades que supone el *know-how* de la franquicia, mientras que, en los contratos de distribución selectiva, sus productos son el sinónimo de la calidad y el prestigio que requieren la fuerza distintiva de su marca<sup>735</sup>.

---

*français et allemand*, Fédération nationale pour le Droit de l'entreprise, Litec, LexisNexis, Paris, 2001, p. 493.

<sup>733</sup> Siguiendo a MARTÍN ARESTI, P., "Políticas de marca y actividad publicitaria del Distribuidor", en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 413.

<sup>734</sup> De conformidad con el art. IV.E.-5: 304 del DCFR, que establece la obligación del distribuidor (en contratos de distribución selectiva y exclusiva) de seguir las instrucciones razonables del proveedor para garantizar la correcta distribución de los productos o su reputación y carácter distintivo. En este sentido, PUYALTO FRANCO, M.J., "Libro IV. Parte E. Agencia comercial, franquicia y distribución. Capítulo 5. Relaciones jurídicas de distribución", en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (Coords.) *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, p. 1620.

<sup>735</sup> Por todos, DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M. y GARCÍA MARTÍN, I., "Obligaciones sobre publicidad comercial", en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 397.

El control de la marca por parte del proveedor ha dado lugar a la previsión del incumplimiento del respeto de la imagen de marca por parte del distribuidor<sup>736</sup>. Y tal conducta se ha identificado como posible causa de extinción del contrato de distribución. Por tal motivo, no es infrecuente la introducción expresa de las obligaciones publicitarias que debe asumir el distribuidor en el contrato. Especialmente, en los supuestos en los que el grado de integración distributivo sea mayor. A modo de ejemplo, destaca la obligación del distribuidor de integrarse en las campañas publicitarias del proveedor, así como de determinar a quién corresponden los gastos de publicidad<sup>737</sup>. Y, en esencia, la obligación de llevar a cabo la actividad de distribuidor preservando el prestigio de marca del proveedor<sup>738</sup>.

Igualmente, como sucede en los pactos resolutorios, parece conveniente que las partes determinen los comportamientos que pueden constituir un incumplimiento esencial<sup>739</sup> del deterioro de la imagen de marca. La identificación de las conductas por las que se incurra en un incumplimiento esencial puede evitar que, bajo la excusa de un incumplimiento puntual del distribuidor, el proveedor adopte conductas abusivas que encubra un desistimiento unilateral improcedente. O bien, se prescindir de las posibles indemnizaciones a las que el distribuidor tendría derecho<sup>740</sup>.

Por su parte, las diferentes propuestas de regulación de los contratos de distribución no se han detenido a contemplar los supuestos que constituyen un incumplimiento esencial respecto al deterioro de la imagen de marca. El legislador ha introducido en los citados textos la obligación expresa de respetar la imagen o el prestigio de la marca<sup>741</sup>; reconociendo, incluso, la resolución por incumplimiento del contrato como causa de extinción del contrato. Sin embargo, en las propuestas de regulación no se ha concretado qué actuaciones o conductas supondrán un menoscabo de la imagen de marca, con la

---

<sup>736</sup> En este sentido, MARCO ARCALÁ, L. A., “Resolución del contrato por el deterioro de la imagen de marca”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 499.

<sup>737</sup> En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, (SAP de Zaragoza), de 5 de abril de 2007, (JUR\2007\302250) atinente a la reclamación del canon de publicidad al franquiciado, una vez extinguido el contrato de franquicia.

<sup>738</sup> En opinión de MARTÍN ARESTI, P., *Op. cit.*, 2015, p. 421.

<sup>739</sup> Se requiere que el incumplimiento de las obligaciones resulte de cierta gravedad para que pueda considerarse como un incumplimiento esencial, tal y como se ha expuesto en los requisitos para proceder a la resolución del contrato por incumplimiento al inicio de este capítulo.

<sup>740</sup> MARCO ARCALÁ, L. A., *Op. cit.*, 2015, p. 501.

<sup>741</sup> En este sentido, vid. art. 16.3 PLCD (2011) y art. 543-11 de la Propuesta de Código Mercantil.

salvedad de la política de precios del art. 543-11 PCM, tal y como reflejan las disposiciones siguientes:

En este sentido, el artículo 16.3 PLCD 2011 establece: *“Las conductas que menoscaben la imagen o el prestigio de la marca darán derecho a la resolución del contrato con indemnización de los daños y perjuicios”*.

Por su parte, art. 543-11 ALCM 2013 establece que *“la aplicación por el distribuidor de precios o la realización de actuaciones que ocasionen un menoscabo de la imagen de la marca o del prestigio comercial del proveedor, dará derecho a éste a resolver el contrato”*.

También la Propuesta de Código Civil, elaborada por la APDC en 2016, ha incorporado expresamente en el art. 5103-6 2º PCC, el deterioro de la imagen de marca como causa de resolución del contrato, cuya primera parte de tal apartado segundo es coincidente con el art. 16.3 PLCD.

Expuesto el contenido de las propuestas de regulación, ciertamente se aprecia que, tanto en el PLCD como en las PCM, PCC y PALCM (2018)<sup>742</sup> se imputa al distribuidor la responsabilidad de las acciones que ocasionen un deterioro de la imagen de marca o del prestigio comercial del proveedor, incluso para la comercialización en internet, ya sea por acción u omisión. A modo ilustrativo, destacaría el supuesto en el que el distribuidor es conocedor del uso ilegítimo de la marca por un tercero, lo consiente, pero no informa al proveedor de lo que está sucediendo. Con todo, ambos textos resultan, a mi parecer, incompletos, puesto que puede ser el proveedor el responsable del menoscabo de la imagen de marca.

Por su parte, el precepto de la PCC (2016) viene a prescribir acciones de obligado cumplimiento para ambas partes en relación con la política de promoción común y actividad publicitaria de los productos de la red de distribución<sup>743</sup>. Por lo que el texto, al

---

<sup>742</sup> Muy semejante al art. 543-1 PCC es el art. 545-11 PALCM (2018), que establece lo siguiente: *“La aplicación por el distribuidor de condiciones comerciales o la realización de actuaciones que ocasionen un menoscabo de la imagen de la marca o del prestigio comercial del proveedor, dará derecho a éste a resolver el contrato”*.

<sup>743</sup> El art. 5103-6 de la PCC (2016) –relativo a las Políticas de promoción común, actividad publicitaria y deterioro de la marca- sostiene que: *“1. Cuando se atribuye a una de las partes la fijación de una política de promoción de marca e imagen común, cualquiera de las partes que pretenda desarrollar una campaña publicitaria sobre los bienes o servicios objeto del contrato debe obtener previamente la aprobación de*

igual que el art. 16.3 PLCD, el art. 5103-6 PCC es más completo que la PCM (2013) o la PALCM (2018) respecto a la imputación del menoscabo de la imagen de marca por parte del proveedor. No obstante, todavía se aprecia incompleto el citado artículo de la PCC por los motivos siguientes:

-En primer lugar, porque, aunque resulte infrecuente, el legislador no ha contemplado la protección del distribuidor por las actuaciones del proveedor por los daños contra su propia imagen de marca. Y, por tanto, los textos han omitido la oportunidad de conceder al distribuidor, concesionario o franquiciado la acción de invocar a su favor la resolución del contrato frente al proveedor, concedente o franquiciado por deterioro de la imagen de marca y las correspondientes indemnizaciones generadas al respecto.

-En segundo término, se desprende de las propuestas españolas de regulación de los contratos de distribución–PLCD (2011), y PCC (2016)- que la obligación la obligación de mantener el prestigio de los productos y la reputación de imagen de marca del franquiciador o proveedor, es operativa o vinculante para ambas partes. Ahora bien, tales disposiciones deberían haber optado por incluir en tal obligación la redacción utilizada previamente en la propuesta de armonización del Derecho europeo de contratos; en la que sí se había contemplado tal deber para el franquiciador<sup>744</sup>, tal y como se desprende de los arts. IV.E.-4:207 (1)<sup>745</sup> y IV.E.-5:205 DCFR<sup>746</sup>, que siguen también el código Deontológico Europeo sobre la franquicia<sup>747</sup>.

-Finalmente, los textos no determinan las causas de resolución del contrato por el deterioro de la imagen de marca. Especialmente en lo relativo a las conductas que

---

*quien o quienes tengan asignadas contractualmente dichas políticas de promoción de marca e imagen. 2. Las conductas que menoscaban la imagen o el prestigio de la marca dan derecho a la resolución del contrato con indemnización de los daños y perjuicios. Las exigencias derivadas de la fijación de una política de promoción e imagen común son aplicables a cualquier forma de comercialización por parte de los distribuidores”.*

<sup>744</sup> Siguiendo a MARCO ARCALÁ, L. A., *Op. cit.*, Valencia, 2015, p. 505.

<sup>745</sup> Conforme al art. IV.E.-4:207: (1), relativo a la reputación de la red y publicidad: “*el franquiciador debe hacer esfuerzos razonables para fomentar y mantener la reputación de la red de franquicia*”.

<sup>746</sup> La traducción del art. IV.E.-5: 205 DCFR, relativo a la reputación de los productos, establece que el proveedor debe hacer esfuerzos razonables para no dañar la reputación de los productos. Vid. PUYALTO FRANCO, M. J., “Libro IV. Parte E. Agencia comercial, franquicia y distribución. Capítulo 5. Relaciones jurídicas de distribución”, en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (Coords.) *Derecho Europeo de Contratos.* 2012, p. 1615.

<sup>747</sup> En opinión de PUYALTO FRANCO, M.J., *Op. cit.*, 2012, p. 1591.

supongan un incumplimiento esencial de las obligaciones de proteger de la imagen de marca. O incluso, aquellas actuaciones que supongan un claro deterioro de esta generando efectos disuasorios en la comercialización de sus productos. En este sentido, inspirándose en la PCM (2013), o en la PALCM (2018), la regulación de los contratos de distribución podría contemplar el contenido de algunas descripciones que, aunque con efectos desfavorables únicamente para el distribuidor, podrían concretar con mayor precisión qué conductas podrían ser consideradas como causa de extinción del contrato de distribución por el deterioro de la imagen de marca<sup>748</sup>.

En línea con lo anterior, tomando como referencia el art. 543-11 PCM y el art. 545-11 PALCM (2018), se desprenden dos posibles conductas de incumplimiento esencial de las obligaciones de preservar el prestigio y la imagen de marca que incumben a ambas partes, tanto al proveedor como al distribuidor. Y ambas pueden ser determinantes para la resolución del contrato de distribución:

- a) La aplicación de **precios o de condiciones comerciales -esta última por la PALCM (2018)- que ocasionen un menoscabo en la imagen de marca.**
- b) La realización de **actuaciones que ocasionen el deterioro del prestigio comercial del proveedor.**

- a) La aplicación de precios que ocasionen un menoscabo en la imagen de marca (PCM, 2013)

Lo habitual es que las partes hayan fijado cláusulas orientativas de la fijación del precio de los productos de marca para su comercialización. No obstante, también es frecuente que esta previsión no esté completamente determinada<sup>749</sup> y que tal orientación de la política de precios en las relaciones distributivas parta del cabeza de red<sup>750</sup>, en tanto en cuanto se trata de productos pertenecientes a su marca. Con todo,

---

<sup>748</sup> Para profundizar, MARCO ARCALÁ, L. A., *Op. Cit.*, 2015, p. 499.

<sup>749</sup> Como es sabido, los contratos de distribución son contratos relacionales cuyos elementos pueden determinarse en el curso de su ejecución. De ahí que algunos elementos, como su precio, no se encuentren completamente fijados en el momento de la perfección.

<sup>750</sup> La política orientativa de precios consiste en una recomendación para la fijación del precio final de sus bienes y para la reventa de sus productos siempre que sirva para proteger la eficiencia del sistema sin llegar a una imposición final del precio de ventas o de reventas.

la fijación de precios correrá a cargo del distribuidor, concesionario o franquiciado considerando que se trata uno de los fundamentos de la libertad de empresa.

No obstante, tratándose de relaciones contractuales verticales, el proveedor, franquiciador o concedente puede diseñar una política de precios que sirva de recomendación para la fijación del precio de sus bienes y para la reventa de sus productos. Sea con la intención de proteger la eficiencia del sistema evitando una imposición final del precio. De lo contrario, se estaría adoptando una conducta anticoncurrencial que atentaría al art. 4. a) del Reglamento 330/2010/UE, de la Comisión Europea, de 20 de abril de 2010<sup>751</sup>, regulado en el art. 101.3 TFUE<sup>752</sup>. Por tal motivo, se estarían vulnerando los límites al principio de autonomía de la voluntad regulado en el art. 1255CC, impuestos por el Derecho europeo de competencia al proceder a la imposición al distribuidor de los precios de reventa de sus productos. Ahora bien, este extremo, a pesar de su interés, queda al margen de nuestro objeto de investigación, en tanto en cuanto determina la nulidad y no la resolución del contrato por incumplimiento.

b) La realización de actuaciones que ocasionen el deterioro del prestigio comercial del proveedor.

El principal supuesto que conduce a la resolución del contrato por deterioro de la imagen de marca por parte del distribuidor sucede cuando éste adopta conductas que vulneran las instrucciones del proveedor sobre el uso de sus signos distintivos o bien, sobre la imagen asociada a dichos signos. A modo ilustrativo, destaca el supuesto de la reventa de los productos comercializados a través de terceros no autorizados fuera del canal de distribución, de modo que lleguen a los puestos de venta sin la calidad

---

<sup>751</sup> El Reglamento 330/2010/UE, de la Comisión Europea, de 20 de abril de 2010, fue publicado en el DOUE L 102, de 23 de abril de 2010.

<sup>752</sup> El art. 101.3 TFUE dispone lo siguiente: “*No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: -cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, 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*”.

mínima necesaria que requieren la reputación de la marca del proveedor<sup>753</sup>. Lo que supondría también un incumplimiento del pacto de exclusiva; especialmente en aquellos contratos cuya integración es absoluta como sucede en los pactos de distribución exclusiva o selectiva.

En este sentido, se puede traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), de 3 junio de 2010, (JUR\2010\313224)<sup>754</sup>, relativa a la extinción de un contrato de distribución selectiva entre la compañía Yves Saint Laurent Parfums (en adelante YSLP) contra el Grupo Nokitel S.L. En este supuesto, se acredita que el distribuidor Perfumes Valencia S.L., perteneciente al Grupo Nokitel S.L., no ostenta la condición de distribuidor de las marcas de la actora (YSLP) en lo que a productos de perfumería se refiere.

Asimismo, puede extraerse de la citada resolución que ha quedado acreditado por la forma en la que el distribuidor (Perfumes Valencia S.L., perteneciente al Grupo Nokitel, S.L.) comercializa los productos de YSLP se perjudica el derecho marcario que ostenta la demandante, ahora apelante. En la resolución se pone de manifiesto que *“el esfuerzo invertido en conseguir una imagen potente y lujosa se esfuma cuando el consumidor se enfrenta a un producto barato en un supermercado virtual. Se produce con ello un daño profundo y constante que ha sido reconocido en numerosos asuntos con evidente paralelismo”*.

Otro incumplimiento de menor entidad se produciría, cuando la comercialización de sus productos no alcanzara la calidad que requiere el producto o la imagen de marca, independientemente de que la distribución de los bienes se realice por los cauces oficiales indicados por el proveedor o cabeza de red; ya sea en puntos oficiales de venta, comercialización por internet o en su entrega a domicilio.

He aquí cuando parece nuevamente aconsejable que las partes determinen con precisión cuando se aplicará el remedio resolutorio ante la falta de realización de las condiciones exigidas al distribuidor autorizado. Tal precisión facilitará la tarea de

---

<sup>753</sup> Siguiendo a MARCO ALCALÁ, L. A., *Op. cit.*, Valencia, 2015, p. 510.

<sup>754</sup> Vid. Fundamento de Derecho Tercero de la SAP de Valencia (Sección 9ª), de 3 junio de 2010, (JUR\2010\313224).

valorar si se ha producido un incumplimiento esencial que permita poner fin al contrato. O bien, si se trata de un incumplimiento puntual o de menor entidad que puede llegar a subsanarse. En especial, en lo que concierne a los contratos de distribución selectiva, donde se requiere que los distribuidores mantengan las condiciones de la reputación de la marca y sensación de calidad de sus productos.

De lo contrario, la proveedora encontrará dificultades para acreditar en sede judicial que la comercialización *on line* de la distribuidora puede ocasionarle un perjuicio reputacional por apartarse de manera evidente de las condiciones esenciales indicadas por el cabeza de red a sus distribuidores. A modo de ejemplo, destaca la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante, de 11 de marzo de 2013 (AC\2013\2181), relativo a un contrato de distribución selectiva, que desestimó la pretensión del proveedor (Grupo L'OREAL ESPAÑA, S.A.) por falta de prueba de las circunstancias que permiten acreditar el deterioro de la imagen de marca.

Finalmente, se ha procedido a enumerar las conductas que son susceptibles de ser cumplidas por ambas partes, y cuya vulneración podría suponer también un supuesto de incumplimiento del contrato por deterioro de la imagen de marca, entre las que destacan:

- a) De un lado, un asunto acetadamente planteado por la Propuesta de Código Civil, en el art. 5103-6, 1<sup>o</sup><sup>755</sup>, es la obligación de desarrollar una campaña publicitaria conforme a las instrucciones de quienes tengan asignadas contractualmente dichas políticas de promoción de marca e imagen. El texto atribuye a las partes la facultad de asignar a cualquiera de los contratantes la dirección de las políticas de promoción común y actividad publicitaria, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Si bien lo habitual en práctica es que las políticas de promoción de imagen y de marca, sean diseñadas y orientadas por el proveedor, franquiciador o concedente, dadas las relaciones verticales que caracterizan el sistema de red en los contratos de distribución.

---

<sup>755</sup> En este sentido, el art. 5103-6 de la Propuesta recoge expresamente esta obligación para “*cualquiera de las partes que pretenda desarrollar una campaña publicitaria sobre los bienes o servicios objeto del contrato de quien o quienes tengan asignadas contractualmente dichas políticas de marca e imagen*”. Aunque se contempla en el citado precepto que se deberá obtener previamente la aprobación “*de quien o quienes tengan asignadas contractualmente dichas políticas de marca e imagen*”. Esto es, de los proveedores, franquiciadores o concedentes.

Al igual que otras modalidades de incumplimiento de las relaciones distributivas, las campañas publicitarias el resto de las actividades de promoción de la red también suponen un punto de fricción entre los contratantes. Por lo que, resulta eficiente que para evitar conflictos entre las partes se exponga expresamente en el contrato a quién corresponden los gastos publicitarios, qué parte debe diseñar las campañas publicitarias y, de hacerlo los proveedores o franquiciadores, qué actuaciones deben realizar los distribuidores y franquicados conforme a las instrucciones o pautas formuladas. Ante el silencio legislativo y, en defecto de pacto al respecto, cabe traer a colación el texto de la PCC (2016) relativo a las Políticas de promoción común, actividad publicitaria y deterioro de la marca del art. art. 5103-6 2º *in fine*, que establece: *“las exigencias derivadas de la fijación de una política común de promoción e imagen común son aplicables a cualquier forma de comercialización por parte de los distribuidores”*. Con todo, el incumplimiento de lo dispuesto por las partes respecto de las campañas publicitarias e imagen de marca no facultará a los proveedores a la extinción del contrato si las partes no han identificado en el contrato aquellas conductas a categoría de incumplimiento esencial. En cuyo caso, se podrá proceder automáticamente a la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato. Por tanto, ante la carencia de una solución legislativa y la falta de concreción contractual, labor compleja será, la de determinar judicial o extrajudicialmente si se ha incurrido en un incumplimiento esencial.

A modo de ejemplo, los tribunales destacan que lo habitual en la práctica es que el distribuidor o franquiciado abone el denominado canon de publicidad destinado al lanzamiento de las campañas publicitarias, siempre que éstas hayan sido previamente realizadas por el proveedor o franquiciador. En este sentido, destaca la SAP de Zaragoza, de 5 de abril de 2007, (JUR\2007\302250), relativa al incumplimiento de un contrato de franquicia por impago del canon de publicidad por el franquiciado. En este sentido, el franquiciado (“A. M. DECORA Y DISEÑA, S.L.”) reconoció haber incumplido la obligación de abonar dicho canon previsto en la cláusula 16ª contrato, en la medida que el franquiciador (“ESPAÑOLA DEL

DESCANSO, S.A.”) había incumplido previamente la prestación de los servicios publicitarios establecidos en el contrato<sup>756</sup>. Finalmente, la AP de Zaragoza falló a a —favor de la franquiciada justificando su pronunciamiento en la falta de prestación de los servicios publicitarios por la franquiciadora.

Otro supuesto similar se refleja en la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 14 de abril de 2010, (AC\2010\1860), atinente a la resolución por incumplimiento de un contrato de franquicia. Además de otros incumplimientos de obligaciones previstas en el contrato, se contempla también el impago del canon de publicidad establecido en el contrato. A diferencia del supuesto anterior, los servicios publicitarios fueron prestados por la franquiciadora, al proceder a la incorporación de los inmuebles de cuya venta se encargaba la demandada en la revista inmobiliaria de Coldwell Banke, por lo que el franquiciado debía pagarlos. En este sentido, la Sala comparte la interpretación que se hace del canon de publicidad en la cláusula 8ª del contrato, y por tanto, *“las conclusiones que alcanza la juzgadora, que era un canon pactado, realizado y por ende debido”*. Por último, para justificar dicho incumplimiento la franquiciada alegó la trataba de una facturación cuyo canon de publicidad no estaba detallado con precisión, por lo que se debía eximir el pago por parte del franquiciado. Sin embargo, el pronunciamiento advierte que, aún a pesar del desconcierto, se aceptan los servicios. Por lo que, a diferencia del supuesto anterior –SAP Zaragoza de 5 de abril de 2007- los gastos publicitarios deberán ser abonados<sup>757</sup>.

- b) Además del respeto exigido para los distribuidores en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la ejecución y diseño de las campañas publicitarias, la adopción de conductas contrarias a la buena reputación de un producto o de su marca por parte del empresario proveedor, franquiciador o concedente, no pueden

---

<sup>756</sup> Vid. Fundamento de Derecho Segundo SAP de Zaragoza, de 5 de abril de 2007, (JUR\2007\302250)

<sup>757</sup> Vid. Fundamento de Derecho Octavo SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 14 de abril de 2010, (AC\2010\1860).

quedar al margen del presente estudio. Las actuaciones irresponsables del cabeza de red que dañen su imagen de marca o generen publicidad negativa supondrán un efecto indeseado en la adquisición de sus productos por los destinatarios finales, o incluso, la pérdida de interés de los distribuidores para su posterior comercialización en el mercado. Por tal motivo, procede exigir al cabeza de red un comportamiento ejemplar cuyas conductas no menoscaben su imagen de marca; incluso en el caso que pueda resultar paradójico el deber de instar a un empresario que no actúe en contra de sus propios intereses. Lo que se traduce en el compromiso de evitar la producción del daño tanto los productos como a la red de distribución que canaliza la promoción de esos productos en el mercado, tal y como dispone el art. IV.E.-5:205 DCFR (2008). Con todo, la determinación exacta de las conductas resolutorias del contrato y, en consecuencia, su terminación, no están exentas de dificultad, dada la complejidad de su *onus probandi* de los hechos que se atribuyen al proveedor, franquiciador o cabeza de red en los tribunales.

- c) No puede descartarse, sin embargo, que cualquiera de las partes adopte una conducta que incumpla no sólo la aplicación de precios lesivos para la imagen de marca, sino también, que dichos productos se comercialicen por terceros ajenos al canal de distribución. Lo que supondrá un incumplimiento del pacto de exclusiva ya estudiado, y facultará a la parte perjudicada a la resolución del contrato por incumplimiento. Dicho lo anterior, y considerando la compatibilidad de todas estas conductas irresponsables, que son causas suficientes para proceder a la resolución del contrato, cabe únicamente estar a la voluntad de las partes que podrán: a) proceder a la subsanación del contrato de mutuo acuerdo si no se ha frustrado el fin del negocio comercial, b) o, en defecto de pacto, dar por terminado el contrato –judicial o extrajudicialmente- determinando cuál de las dos partes incumplió primero. De este modo, se determinarán con precisión las consecuencias de la extinción de estos contratos de distribución.

En definitiva, la entrada en vigor de alguno de estas propuestas -PCM (2013), PALCM (2018) o de la PCC (2016) elaborada por la APDC- el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato por el desprestigio de la imagen de marca pasaría a revestir *ex*

*lege* carácter grave y esencial. Y, por lo tanto, no sería desproporcionado sino justificado considerar el contrato resuelto por este motivo<sup>758</sup>.

## 2.7. Otros posibles supuestos de incumplimiento:

Otro de los supuestos habituales de vulneración de las cláusulas establecidas por las partes en los contratos de distribución es el incumplimiento de los pactos establecidos en el contrato como un acto de competencia desleal. Los contratos de distribución cuentan con cláusulas comunes además de otras específicas que pueden inspirar *códigos de conducta*<sup>759</sup> regulatorios de las relaciones entre las partes y, cuyo incumplimiento, puede verse afectado por el Derecho de la Competencia Desleal<sup>760</sup>.

En el ámbito de la distribución pueden considerarse desleales los supuestos regulados como los actos de imitación, aprovechamiento de la reputación ajena, engaño o revelación de secretos que bien podrían causar el incumplimiento de otras cláusulas expresamente reflejadas en el contrato, como las relativas a los derechos de propiedad industrial o de confidencialidad<sup>761</sup>. Con todo, conviene destacar la definición que el legislador otorga al acto desleal en el art. 4 de la Ley, 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, (en adelante, LCD), cuando establece que se entiende como tal a: “...*todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”.

Dicho lo anterior, esta cláusula relativa a los códigos de conducta ofrece un concepto jurídico indeterminado que debe situarse en los mismos niveles de protección que proclama la teoría general de obligaciones y contratos en el art. 1258 CC, sólo que teniendo en cuenta dos particularidades: la primera, debe tratarse de una conducta de mercado realizada con un fin no concurrencial (si estamos ante las cláusulas de no

---

<sup>758</sup> Siguiendo a MARCO ALCALÁ, L.A., *Op. cit.*, Valencia, 2015, p. 499.

<sup>759</sup> El incumplimiento de los compromisos derivados de un código de conducta consiste en la inobservancia de las normas que conllevan un acuerdo restrictivo de la competencia. Por ejemplo, el incumplimiento puede producirse al vulnerar un precepto de contenido sustantivo, la obligación de someterse al mecanismo de resolución de disputas establecido al efecto o bien, de cumplir la resoluciones dictadas en el ámbito del procedimiento. Para profundizar, véase, MASSAGUER, J., “El incumplimiento de los códigos de conducta como acto de competencia desleal” en VIERA GONZÁLEZ, ECHEBARRÍA SÁENZ, RUIZ PERIS (Dir.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, 2013, pp. 559-594.

<sup>760</sup> Para ampliar, NAVARRO LÉRIDA, M.A., “La vulneración de los pactos del contrato de distribución”, en ALCALÁ DIAZ, M.A., en *Los contratos de distribución comercial: Aspectos económicos y jurídicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 283.

<sup>761</sup> Por todos, NAVARRO LÉRIDA, M.S., *Op. cit.*, 2015, p. 291.

competencia); y, la segunda, debe atribuirse únicamente a determinados pactos entre empresarios, como es el caso de los contratos de distribución, tal y como advierte el art. 3.1 LCD, que dispone: *“La ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado”*<sup>762</sup>.

Igualmente, entre las novedades introducidas por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (en adelante, Ley 29/2009) en la Ley de Competencia Desleal (LCD), destaca la introducción del incumplimiento de los compromisos derivados de los códigos de conducta de los empresarios y profesionales en el marco de la competencia desleal.

Entre ellas, destaca el artículo 5.2 LCD que viene a completar el concepto de acto de competencia desleal contemplando los aspectos subjetivos y objetivos mencionados anteriormente, cuando dispone: *“Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios”*.

En los contratos de distribución los distribuidores deben actuar en el tráfico respetando el deber de no competencia, especialmente si así lo han previsto las partes en el contrato. Por su parte, no todas las cláusulas que impliquen el deber de no competencia deben ser consideradas válidas. En este sentido, destaca la STS, Sala 1ª, de 18 de mayo de 2012, (RJ\2012\6360) relativo a un contrato de compraventa de empresas y de participaciones sociales, que analiza la violación de un pacto de no competencia, entendido de manera implícita en el contrato. Dicha resolución afirma que las cláusulas de inhibición de

---

<sup>762</sup> El apartado 1 del artículo 3 fue redactado por el apartado tres del artículo primero de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios («B.O.E.» 31 diciembre), en vigor desde el 1 de enero de 2010.

competencia deben considerarse prohibidas desde el momento en que tratan de eliminar del mercado a un competidor<sup>763</sup>.

Ahora bien, en defecto de pacto en el contrato, ¿debe existir un deber implícito de no competencia por parte del distribuidor? O, incluso, ¿puede el incumplimiento de los pactos de competencia resultar incompatible con el respeto a la doctrina de la buena fe?

La respuesta al primero de los planteamientos que atiende a la obligación de respetar un pacto de no competencia—defiende Müller<sup>764</sup>— dependerá del grado de integración del distribuidor en la red de distribución del proveedor, dado que sólo en el caso de existir una fuerte vinculación en la red de distribución por parte del distribuidor implicará un deber de fidelidad implícito al mismo nivel que se espera de un agente comercial<sup>765</sup>. Asimismo, parte de la doctrina considera que pueden existir determinadas cláusulas que, si bien no están expresamente previstas en el contrato, pueden quedar integradas en el mismo tanto en la ejecución del contrato como *a posteriori* una vez se ha producido su extinción. Aunque dependerá de la casuística para proceder el reconocimiento implícito de un pacto de prohibición de competencia postcontractual.

Por su parte, en respuesta al segundo de los planteamientos enunciados, el incumplimiento de un pacto de no competencia no implica solamente la vulneración de la buena fe prevista en el art. 1258 CC sino que también se hace extensible a la obligación que dispone el art. 4 LCD al tratarse de un acto de competencia desleal<sup>766</sup>. Con todo, la jurisprudencia advierte que las restricciones accesorias al comercio en lo que respecta a la transmisión de una empresa que, incluso, aún no estando expresamente pactadas, pueden llegar a entenderse exigibles al amparo de lo que disponen los artículos 1258 CC y el art. 57 CCom. Especialmente, en cuando los contratos regulan relaciones que comportan “*la transmisión de una empresa, clientela, know how, en los que la imposibilidad de entrega material impone al transmitente desplegar una conducta*

---

<sup>763</sup> Para ampliar, véase la valoración del primer motivo del Recurso de casación (elemento nº 58) de la STS, Sala 1ª, de 18 de mayo de 2012 (RJ\2012\6360).

<sup>764</sup> Para ampliar sobre el tema, MÜLLER, Ch., “Les contrats de Distribution”, en CARRON, B. Y MÜLLER, Ch. *Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis*, Neuchâtel/Bâle, 2013, p. 77.

<sup>765</sup> En este sentido, MÜLLER, Ch., *Op. cit.*, 2013, pp. 77 y ss.

<sup>766</sup> De nuevo, NAVARRO LÉRIDA, M.S., *Op. cit.*, 2015, p. 291.

*dirigida a no desviar la clientela ni interferir en las relaciones del adquirente durante el tiempo preciso y en el espacio o territorio en el que el transmitente desarrollaba su actividad, incluso si ello comporta una imposibilidad temporal de competir en determinados nichos del mercado...<sup>767</sup>”.*

---

<sup>767</sup> En este sentido, Vid. STS, Sala 1ª, de 18 de mayo de 2012 (RJ\2012\6360).



## Capítulo 3. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS POR CAUSAS DE DURACIÓN:

**SUMARIO: I. Concepto y fundamentos de la duración de los contratos de distribución II. Requisitos en la duración de los contratos de distribución.** 1. Límites a la autonomía de la voluntad de las partes en las relaciones distributivas. 1.1. Obligación de información precontractual. 1.2. ¿Duración mínima de los contratos de distribución? 1.3. ¿Duración máxima de los contratos de distribución? Prohibición de las relaciones contractuales perpetuas o *sine die*. **III. Casuística de la duración en los contratos de distribución** 1. Régimen contractual. 1.1. Contratos de duración determinada. 1.2. Contratos de duración indefinida. 2. Régimen supletorio. 3. La duración de los contratos de distribución comercial y el Derecho de competencia. 3.1. Acuerdos verticales y prácticas concertadas en los contratos de distribución exclusiva. 3.2. ¿Existe una cláusula de no competencia posterior a la extinción de los contratos?

### I. Concepto y fundamentos de la duración de los contratos de distribución

El tiempo en los contratos de distribución resulta un elemento esencial tanto para la realización de las obligaciones contraídas por las partes como para el cumplimiento de expectativas y la obtención de resultados económicos. No solo en el momento de su inicio sino también durante la ejecución del contrato al tratarse de pactos de tracto sucesivo<sup>768</sup>, y, especialmente, en la terminación de las relaciones distributivas.

El factor tiempo supone la principal limitación de la duración del contrato<sup>769</sup>, ya sea por imposición legal o por la libre decisión de las partes. La importancia económica y jurídica de la cláusula de duración de los contratos de distribución repercute con especial incidencia en la extinción del acuerdo<sup>770</sup>. En particular, destaca el supuesto de las relaciones jurídicas perpetuas o *sine die* que, además de estar expresamente prohibidas por la ley para cualquier relación contractual<sup>771</sup>, son contrarias al orden público<sup>772</sup>. De

---

<sup>768</sup> Es de la misma opinión, en relación con el contrato de agencia, LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 1998, p.46, Y, respecto de los contratos de distribución, FONTCUBERTA LLANES, J., *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, ESADE-Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 141 y 142.

<sup>769</sup> Se entiende por duración al tiempo transcurrido desde el momento de celebración del contrato hasta que se produce su terminación.

<sup>770</sup> En este sentido, ALCALÁ DÍAZ, M.Á., “El pacto de duración y extinción anticipada de los contratos de distribución”, en ALCALÁ DÍAZ, M.Á., *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 195.

<sup>771</sup> Como se ha advertido, el art. 1583 CC, declara nulo el arrendamiento hecho de por vida.

<sup>772</sup> En este sentido, LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 44 y ss. Este extremo se ha puesto de manifiesto con anterioridad en el presente trabajo

este modo, al igual que en el resto de los contratos, las relaciones distributivas se configuran tanto en contratos de duración determinada o a término como en las relaciones indefinidas o *sine die*; que podrán terminarse en cualquier momento si una de las partes opta por desistir del contrato.

Como ya se ha advertido anteriormente, la duración de las relaciones distributivas se configura como un elemento decisivo desde la formación hasta la extinción del contrato. El tiempo no sirve únicamente para indicar el momento de inicio de su ejecución sino también para concretar el momento de la terminación y las consecuencias que dicha finalización supone para las partes; independientemente que los acuerdos se hayan pactado de duración determinada o indefinida, considerando el desistimiento unilateral como posible causa de extinción. De hecho, la determinación del tiempo puede ocasionar una liquidación compleja y llena de desequilibrios para las partes en el momento de la terminación de las relaciones distributivas.

## **II. Requisitos en la duración de los contratos de distribución:**

La duración de los contratos de distribución puede variar en función de modalidad contractual escogida por los contratantes y del sector comercial al que pertenecen sus productos. A lo largo del presente epígrafe se estudiará la influencia del tiempo en los contratos de distribución, atendiendo a las obligaciones de información precontractual que requieren la celebración de algunos contratos, a la limitación máxima o mínima de la duración de los pactos distributivos y la facultad de terminar las relaciones de duración indefinida por voluntad unilateral de cualquiera de las partes.

### **1. Límites a la autonomía de la voluntad de las partes en las relaciones distributivas**

Aunque son modalidades contractuales definidas expresamente por nuestro ordenamiento jurídico<sup>773</sup>, los contratos de distribución deben calificarse de atípicos en el sentido estricto

---

al analizar los fundamentos del desistimiento unilateral, cuando se ha advertido del reconocimiento tanto jurisprudencial como doctrinal de limitar la libertad contractual que permita la perpetuidad de los contratos, de tal manera que, si fuera *sine die*, sería contraria al orden público-económico. GARCÍA HERRERA, A., *Op. cit.*, Valencia, 2006, p. 570 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.), *Op. cit.*, Valencia, 2009, p. 1384.

<sup>773</sup> En lo que respecta al contrato de franquicia, Ruíz Peris pone de manifiesto el reconocimiento social de este tipo de contratos en la medida que en su contenido se incluyen cláusulas estándar que generan una

de la palabra en la medida que no existe una regulación específica sobre el contenido obligacional y las posibles consecuencias de su extinción<sup>774</sup>. No obstante, a pesar de carecer de una disposición legal específica que contemple el contenido obligacional mínimo de estos contratos, el tiempo en las relaciones distributivas puede verse afectado por otros preceptos normativos que condicionen tanto su validez como su duración.

### 1.1. Obligación de información precontractual

En lo que respecta a las obligaciones de información precontractual, el legislador ha impuesto al franquiciador el deber de poner a disposición del franquiciado toda la información necesaria con un plazo de antelación mínimo de veinte días con anterioridad a la celebración del contrato. De hecho, el art. 62.3 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista<sup>775</sup>, (en adelante, LOCM) establece que se trata de toda *“la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias”*.

Las obligaciones de información precontractual están inspiradas en el Derecho francés<sup>776</sup> y han supuesto un elemento de protección del legislador hacia el franquiciado que, antes de consentir en obligarse para con el franquiciador, dispone de un tiempo mínimo de veinte días hábiles para decidir si va a invertir su capital en la explotación de un negocio bajo el amparo de la marca del franquiciador. Para ello, el franquiciador debe entregar al franquiciado la información necesaria, y el franquiciado puede revisar toda la documentación que sea precisa acerca de la situación financiera del franquiciador, de la

---

tipificación social del pacto. Para ampliar, RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares en el concepto de franquicia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 87.

<sup>774</sup> Es de la misma opinión, en lo referente al contrato de franquicia, MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil de franquicia*, Editorial Comares, 2ª ed., Granada, 2007, p. 9.

<sup>775</sup> El art. 62.3 LOCM ha sido desarrollado por el art. 3 del Real Decreto 2485/1998.

<sup>776</sup> Me ocupo de los deberes de información precontractual en el Derecho francés en el epígrafe relativo al Derecho comparado (Derecho continental, Derecho francés) del capítulo 2 de la Parte I del presente trabajo.

estabilidad de la empresa franquiciadora y su solidez económica, así como sus posibilidades de promoción y desarrollo dentro la red<sup>777</sup>.

La concesión de información durante el citado periodo de tiempo previo a la perfección del contrato se fundamenta en la necesidad de compensar al franquiciado del desequilibrio en el poder de negociación en el que se halla frente al franquiciador. Se trata de que durante esos veinte días el franquiciado recabe toda la información necesaria para la celebración del contrato con el suficiente grado de conocimiento de la situación financiera de la firma del franquiciador. Y, por tanto, se le dota de un tiempo prudencial para estudiar las opciones de amortización de las inversiones realizadas al tiempo de mejorar la débil del posición del franquiciado para con el franquiciador con anterioridad al desembolso del capital requerido para la explotación de su negocio.

La imposición legal de los deberes de información precontractual supone, sin duda, unos requisitos *ad probationem* y *ad substantiam*, en la medida que el incumplimiento de tales obligaciones de información específica puede implicar la impugnación del contrato por error o dolo; siempre que las informaciones omitidas o “no verdaderas” estén relacionadas con las circunstancias esenciales del contrato. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto exigiendo, en virtud del art. 1301 CC, la anulación del contrato sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años desde la consumación del contrato<sup>778</sup>.

Por su parte, en lo referente a los contratos de concesión comercial o distribución selectiva, aunque no resulta preceptiva la obligación de documentar la información proporcionada por el cabeza de red, puede resultar conveniente proceder a la

---

<sup>777</sup> Respecto al contenido de información precontractual, Mayorga Toledano ha estructurado esta información en tres bloques: a) en primer lugar, los datos que identifican al franquiciador y su red; b) en segundo término, aborda las informaciones relativas a su actividad y finalmente, c) los elementos esenciales del contrato de franquicia, entre los que se encuentran la duración, las causas de extinción del contrato, y la renovación del mismo, pactos de exclusividad. Entre otros, MAYORGA TOLEDANO, M.C., *Op.cit.*, Granada, 2007, p. 83. Sobre la misma cuestión se ocupa GARCÍA VICENTE, J.R., “Capítulo 8. Deberes precontractuales de información. Impugnación del contrato por defectos de información”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 183 y ss.

<sup>778</sup> Para profundizar, GARCÍA VICENTE, J.R., “Capítulo 8. Deberes precontractuales de información. Impugnación del contrato por defectos de información”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 185 y ss.

comprobación con exactitud de la veracidad de la información mediante una “*due diligence*”.

## 1.2. ¿Duración mínima de los contratos de distribución?

A falta de regulación expresa que determine los elementos principales del contrato, las partes podrán establecer cláusulas cuya duración sea definida o indeterminada, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, existen ciertos límites a la negociación que, previstos tanto en el art. 1255 CC y como en el art 50 CCom., condicionan la libertad contractual de las partes en lo que respecta a la duración de las relaciones distributivas.

Nada establece nuestro ordenamiento jurídico respecto a la duración mínima de los contratos; tampoco respecto de los pactos de tracto sucesivo. Tan solo el art. 1128 CC se refiere a la duración de las obligaciones acordadas en los contratos cuyo plazo de ejecución resulte indeterminado<sup>779</sup>: en cuyo caso, se deducirá tal periodo de la naturaleza y circunstancias que se pudo conceder al deudor. Pero si las partes no han concretado la duración del contrato, o bien, se ha dejado a la voluntad de una de las partes, ésta podrá ser fijada por los tribunales conforme a lo dispuesto en el citado precepto *in fine*.

En lo que respecta al plazo o duración mínima de las relaciones distributivas, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado a favor de una duración de tiempo razonable que permita alcanzar la finalidad de las partes. Y, en particular, a la amortización las inversiones realizadas por el distribuidor. Por lo que se trata de garantizar un periodo mínimo de duración que corrobore la continuidad del contrato<sup>780</sup> aportando estabilidad a los contratantes<sup>781</sup>. En este sentido, cabe traer a colación las consideraciones siguientes:

---

<sup>779</sup> Por todos, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Duración de los contratos de distribución comercial”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J., VIERA GONZÁLEZ, A. J., (Dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, 2010, p. 558.

<sup>780</sup> Para profundizar en la conexión de los conceptos “duración” y “continuidad” del contrato, LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Monografías Civitas, 1ª Ed., Madrid, 1998, p.67.

<sup>781</sup> Con la salvedad que una de las partes haya incumplido las obligaciones o prestaciones pactadas en el contrato. O si se trata de un incumplimiento esencial, la contraparte podrá resolver el contrato por incumplimiento. Sobre este tema, se ha ampliado en el capítulo previo de este trabajo relativo a la resolución por incumplimiento como causa de extinción de los contratos de distribución.

- a) En primer lugar, en lo que respecta al sector de la distribución de los vehículos automóviles, el art. 3.5 b) del anterior Reglamento del 1400/2002 (a día de hoy, Reglamento 461/2010, de 27 de mayo de 2010<sup>782</sup>, sobre la aplicación de la exención al ámbito de la distribución de vehículos automóviles del art. 101.3 TFUE, establece que la exención se aplicará siempre que el acuerdo vertical celebrado por el proveedor de vehículos a motor nuevos con un distribuidor cuando la duración del contrato se prolongue, como mínimo, durante cinco años. O, como advierte FONTCUBERTA, se instrumente como un contrato de carácter indefinido<sup>783</sup>. Esta limitación temporal se dirige a los contratos de distribución selectiva y/o exclusiva cuyas partes, en el caso de no renovar el contrato, deberán preavisar a su contraparte con un mínimo de seis meses de antelación.
- b) Por otra parte, destaca el art. 29 LCA que, pese a regular el contenido de otro contrato de colaboración distinto al de distribución, se aplica por analogía, según los casos. en algunos de los conflictos surgidos en las relaciones distributivas. Tal precepto prevé el derecho de la compensación al agente por las inversiones realizadas a instancias del principal si éste decide terminar el contrato de duración indefinida cuando no ha podido proceder a la amortización de las citadas inversiones.
- c) Finalmente, las propuestas de regulación de los contratos de distribución contemplan la duración de los contratos de distribución por tiempo determinado o indefinido<sup>784</sup>; con la particularidad destacable del art. 21.2 PLCD (2011)<sup>785</sup>,

---

<sup>782</sup> El Reglamento CE 1400/2002, de fecha 31 de julio de 2002 (DOCE L 203/30), de 1 de agosto de 2002, relativo a la aplicación del art. 81.3 TCE, a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de vehículos a motor fue modificado por el Reglamento CE 461/2010, de 27 de mayo de 2010 (en vigor hasta el 31 de mayo de 2023).

<sup>783</sup> En este sentido, siguiendo a FONTCUBERTA, parece poco razonable que una normativa de Derecho público como el Reglamento cuya finalidad es la propiciar y mantener una situación competitiva adecuada en el mercado pueda limitar la duración de las relaciones distributivas. Por lo que, los contratos de duración definida podrían, de superar esa limitación impuesta, convertirse en contratos de duración indeterminada. FONTCUBERTA LLANES, J., *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, ESADE-Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 143 y 144.

<sup>784</sup> Para profundizar, vid. arts. 21 PLCD (2011), art. 543-18 PCM (2013) y 5104-1 PCC elaborada por la APCD (2016).

<sup>785</sup> El art. 21.2 PLCD (2011), establece que: “*los contratos deberán prever un período de duración mínimo suficiente para hacer posible la amortización de las inversiones específicas necesarias para el cumplimiento del acuerdo*”.

que establece una duración mínima suficiente para permitir al distribuidor amortizar las inversiones<sup>786</sup> realizadas<sup>787</sup>.

### 1.3. ¿Duración máxima de los contratos de distribución? Prohibición de las relaciones contractuales perpetuas o *sine die*.

Aunque nada ha dispuesto el legislador en lo que respecta a la duración de las relaciones contractuales indefinidas de los contratos de distribución, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado respecto a la prohibición de las relaciones contractuales perpetuas o *sine die*<sup>788</sup>. La posición jurisprudencial al respecto en los contratos de distribución es prácticamente unánime, sea en el Alto Tribunal o en las resoluciones de nuestra jurisprudencia menor, recogida en los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales.

-En este sentido, destaca a modo ilustrativo, la STS, Sala 1ª, de 30 de mayo de 2016, (RJ\2016\2293), relativa a la terminación de un contrato de distribución en exclusiva, entre la mercantil de ron dominicano Brugal & Co. y el distribuidor español Diego Zamora, que establece un planteamiento de las condiciones para la continuidad de la relación contractual. De hecho, se pronuncia del modo siguiente: *“el concedente no tenía obligación de mantener la relación invariablemente sine die, y que el distribuidor, como empresario dedicado a dicho ámbito de negocio, podía evaluar en cuanto a su conveniencia su aceptación o*

---

<sup>786</sup> Para determinar el contenido del término inversión conviene traer a colación el art. 25.3º PLCD (2011), que dispone lo siguiente: *“Se considerarán inversiones específicas las inversiones instruídas y realizadas en interés del negocio principal que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo para usos alternativos, no tengan posibilidad de reventa, o que solo puedan serlo con grave pérdida para el inversor”*. Del mismo modo, en dicho precepto *in fine* puntualiza acerca del concepto de inversión específicas de forma negativa, indicando que no debe entenderse como tal a las inversiones ya amortizadas o que debieran estarlo conforme a las escalas fiscales vigentes de amortización establecidas ni, en ningún caso, las inversiones genéricas propias del normal devenir empresarial del distribuidor.

<sup>787</sup> Así lo exponen, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Duración de los contratos de distribución comercial”, en *Los contratos de distribución*, La Ley, 2010, p. 557 y ESTEBAN RAMOS, L.M., en “Tres visiones sobre la extinción del contrato de distribución en los textos proyectados”, en VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A. Y RUÍZ PERIS, J.I., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Editorial LA LEY, Madrid, 2012, pp. 483 y 484.

<sup>788</sup> En este sentido, la falta de criterios jurisprudenciales claros para la resolución de algunos conflictos, se ha traído a colación la apertura de otro debate distinto por parte de un sector de la doctrina que advierte de la necesidad de dotar de una regulación a los contratos de distribución. De este modo, los operadores económicos podrían disfrutar, a diferencia de su posición actual, de una situación de seguridad jurídica carente en la actualidad. Es de la misma opinión, VAQUERO PINTO, M.J., *Op. Cit.*, Valencia, 2015, p. 519.

*rechazo” porque “lo contrario supondría consagrar una especie de vinculación contractual perpetua que no tiene amparo legal y que incluso pugna con los principios de libertad de empresa y libre competencia<sup>789</sup>”.*

*-Del mismo modo, en otro supuesto se pronuncia la SAP de Barcelona, de 29 de enero de 2013, (JUR\2013\252253); referente a la extinción de un contrato de distribución en exclusiva entre la mercantil italiana BBS y la española NV CORPORACIÓN SL, al reconocer “el carácter indefinido de distribución que unía a las partes autorizaba a cualquiera de ellas a poner fin al mismo sin necesidad de concurrencia de justa causa. Esta prerrogativa, basada en los principios generales el Derecho de prohibición de vinculaciones perpetuas (art. 1583CC) y necesidad de persistencia de la confianza mutua durante toda la vigencia del contrato (1733CC) se tipifica en el art. 25.1 LCA. Por tanto, si se puede desistir en cualquier momento, la cuestión está en si esa resolución se ha hecho respetando el principio de buena fe contractual, esto es, sin incurrir en abuso”.*

Como se ha advertido en este trabajo, -particularmente en el capítulo relativo al desistimiento como causa de extinción de los contratos de distribución-, la prohibición de las vinculaciones contractuales perpetuas supone un límite a la autonomía de la voluntad en la medida que este tipo de pactos son contrarios al orden público y nulos de pleno derecho. Y que, a falta de regulación jurídico-positiva, constituye un principio contrario a nuestro Derecho de obligaciones<sup>790</sup>. Así lo disponen respecto de otras figuras contractuales como sucede con el arrendamiento de servicios vitalicio establecido en el art. 1583 del Código Civil<sup>791</sup>, que también resulta de aplicación para los contratos de distribución.

---

<sup>789</sup> Fundamento de Derecho Cuarto de la STS, Sala 1ª, de de 30 de mayo de 2016, (RJ\2016\2293).

<sup>790</sup> Es de la misma opinión, PUYALTO FRANCO, M.J., *Op. cit.*, Barcelona, 2012, p. 1497.

<sup>791</sup> En nuestro ordenamiento jurídico, la limitación de la duración de los contratos –como límites a la autonomía de la voluntad- se pone de manifiesto en nuestro Código Civil, cuando se advierte de la nulidad de los contratos hechos de por vida, en virtud del art. 1583 CC, del que se desprende principio en general de prohibición de las relaciones perpetuas. En este sentido, el desistimiento supone una facultad primordial en la materia que nos ocupa, en la medida que permite la terminación del contrato a cualquiera de las partes sin necesidad de alegar causa alguna, e impide la consolidación de relaciones jurídicas eternas.

El fundamento de esta prohibición recae en la protección de la libertad de las partes en los contratos de duración indefinida, que tienen la facultad de ejercitar el desistimiento unilateral. Se trata de proteger la libertad de cualquiera de los contratantes de proceder a desvincularse de una relación distributiva sin necesidad de alegar justa causa ni derivar consecuencia indemnizatoria alguna de su correcto ejercicio<sup>792</sup>.

### III. Casuística de la duración en los contratos de distribución

#### 1. Régimen contractual

Al tratarse de contratos de tracto sucesivo, la duración de los contratos de distribución condicionará la vinculación e integración de las partes, quienes podrán prever un plazo de duración determinado. O, en su defecto, el acuerdo de contrato de carácter indefinido. En este sentido, las partes pueden establecer la duración del contrato conforme a sus intereses particulares, a sus expectativas o coyuntura económica. Tal decisión implica, a su vez, importantes consecuencias para la materia objeto de nuestro análisis, como es la extinción de los contratos de distribución<sup>793</sup>.

Del mismo modo, los distintos proyectos de regulación de los contratos de distribución distinguirán dos modalidades de duración. Esto es, contratos de duración determinada o indefinida; si bien, se considerarán acuerdos de duración indeterminada cuando no se haya fijado una duración concreta. Este extremo resultará semejante a lo dispuesto en el art. 23 LCA para el contrato de agencia<sup>794</sup>.

#### 1.1. Contratos de duración determinada

Los contratos son de duración determinada cuando las partes han fijado con exactitud la extensión de la relación distributiva durante un tiempo cierto. O bien, en el supuesto que

---

<sup>792</sup> Por todos, VAQUERO PINTO, M.J., *Op. cit.*, Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 526.

<sup>793</sup> Al igual que sucede en las causas específicas de terminación de los contratos de distribución, en lo relativa a su duración, las partes podrán poner fin al contrato tanto por el transcurso del tiempo fijado o por la terminación de mutuo acuerdo de las partes. Con todo, entre las causas sobrevenidas de extinción de las relaciones distributivas destacan la facultad del desistimiento unilateral sin necesidad de alegar causa alguna en las relaciones contractuales indefinidas; la resolución por incumplimiento del contrato por las causas establecidas en el art. 1124 CC y la terminación contractual por justa causa como consecuencia de la incidencia del *intuitu personae o instrumentii* en los contratos de colaboración.

<sup>794</sup> El art. 23 LCA establece: “El contrato de agencia podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido. Si no se hubiera fijado una duración determinada, se entenderá que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido”.

hayan previsto un término incierto, en cuyo caso, la duración del sería determinable<sup>795</sup>. Si no se hubiera fijado una duración determinada, al igual que sucede en el contrato de agencia (art. 23 LCA), se entenderá que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido. Lo más habitual en la práctica es que los contratos de distribución se formalicen por tiempo determinado. Dicha delimitación permite renegociar las condiciones contractuales y reorganizar la red de distribución cuando finalice el plazo pactado<sup>796</sup>. O, por el contrario, proceder a la extinción del contrato<sup>797</sup>.

Como es sabido, el transcurso del tiempo supone una causa de extinción automática del contrato<sup>798</sup>, que deja de producir sus efectos *ope legis* una vez cumplido el plazo dispuesto<sup>799</sup>. Aunque, en virtud de la voluntad de las partes, podrá prorrogarse el contrato si expresamente así lo han previsto, o si de sus actuaciones se deduce la tácita reconducción de este, tal y como ha previsto el legislador en el art. 24.2 LCA para los contratos de agencia<sup>800</sup>. En el primero de los supuestos, las partes podrán determinar si la continuidad de las relaciones distributivas de duración determinada se transforma en un contrato de duración indefinida, indicando también, si se produce una prórroga del contrato en idénticas condiciones de duración determinada o se transforma en un contrato de duración indefinida. Es frecuente, en este sentido, prever expresamente en el contrato las cláusulas relativas a la prórroga del contrato estableciendo los términos que se consideren oportunos. E, incluso, es posible la introducción expresa de una cláusula que refleje la voluntad de las partes de no prorrogarlo después de una fecha concreta.

---

<sup>795</sup> En éste sentido, LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 1998, p. 61. Del mismo modo, MARTÍNEZ SANZ, F., “Extinción del contrato”, *Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 397 y 398 y, también, ESTEBAN RAMOS, L.M., en “Tres visiones sobre la extinción del contrato de distribución en los textos proyectados”, en VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A. Y RUÍZ PERIS, J.I., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Editorial LA LEY, Madrid, 2012, p. 482.

<sup>796</sup> Siguiendo a ALCALÁ DÍAZ, M.Á., *Op. cit.*, Barcelona, 2015, p. 195.

<sup>797</sup> La duración determinada de los contratos de distribución también presenta la desventaja de la pérdida de confianza de una de las partes frente a su contraparte. Lo que le permitirá, llegado el momento, desvincularse del contrato y proceder a la terminación de la relación distributiva. Comparten la misma opinión, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *Op. cit.*, 2010, p. 554.

<sup>798</sup> Respecto del contrato de agencia, el art. 24.1 LCA dispone: “*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*”.

<sup>799</sup> MORALEJO MENÉNDEZ, I., *Op. Cit.* 2007, p. 259.

<sup>800</sup> En este sentido, el art. 24.2 LCA dispone: “*No obstante lo dispuesto en el artículo 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*”.

A modo ilustrativo, es destacable el pronunciamiento expuesto en la SAP de Pontevedra, 21 de abril de 2017 (JUR\2017\137101), relativo a la extinción de un contrato de agencia entre la mercantil ROLSER S.A y la sociedad Daniel Araujo Muiños, S.L., cuyo supuesto expone una subrogación subjetiva en la figura del agente Justiniano como consecuencia de su jubilación, lo que implicó una novación subjetiva y también objetiva, puesto que se procedió al cambio de la duración del contrato, que es de fecha determinada, sin que en ningún momento se convirtiera en un contrato de duración indefinida, *“terminando, después de varias ampliaciones o prórrogas, el 31 de diciembre de 2013, y también, las partes, según consta en el documento de subrogación del año 2010, al finalizar en nuevo plazo contractual no se deberán nada ni nada tendrán que reclamar, salvo las comisiones devengadas pendientes de cobro y la liquidación de cantidades cobradas por el agente por cuenta de ROSLER, S.A.”*. En este sentido, como expone el Fundamento de Derecho Segundo de la presente resolución, *“existe una nueva regulación de la duración del contrato que ya no es anual, como señalaba la estipulación novena del contrato de 1983, sino que se establece una fecha concreta de finalización, sin previsión de prórroga tácita. Que además nunca se llega a producir pues de forma expresa se fue ampliando en el tiempo hasta la última fecha acordada poniendo fin a la relación contractual el 31 de diciembre de 2013 tal y como consta en el documento nº 4 aportado con la demanda y fechado el 1 de julio de 2013. Es evidente que la cláusula sobre duración del contrato es novada respecto de la del año 1983, sin que prevea expresamente ninguna prórroga tácita, entendiéndose que la voluntad contractual es clara y refleja la voluntad de los contratantes (art. 1281 CC)[...] En realidad, ni siquiera deberíamos plantearnos tal cuestión cuando la última prórroga el 1 de julio de 2013 en que se mantiene la vigencia del contrato hasta el 31 de diciembre de 2013 ya se establece con claridad meridiana que, finalizada la prórroga, quedará extinguido el contrato de agencia”*.

Ambas conductas suponen, sin duda, un pacto de confianza mutua y colaboración necesaria entre las partes no sólo durante la ejecución del contrato, sino también, durante la fase extintiva<sup>801</sup>. Por tal motivo, resulta aconsejable la comunicación escrita a la contraparte expresando la intención de no prorrogar el contrato más allá de la fecha expresamente prevista. Y, a poder ser, con una notificación dotada de antelación tanto suficiente como razonable respecto de la fecha de finalización del contrato. Especialmente, si las partes no están a favor de la renovación del contrato<sup>802</sup>.

Con todo, no es infrecuente que las partes realicen operaciones mercantiles con posterioridad a la extinción del contrato. Aunque tales actuaciones se reducen, principalmente, a trabajos de pedidos ya realizados, a gestiones indirectas, a los descuentos a clientes que fueron durante el periodo de vigencia del contrato o, también, a la devolución de la mercancía remitida. Es más, el propio artículo 13 de la LCA prevé la conclusión de algunos actos una vez terminado el contrato de agencia cuando se deban principalmente a la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato, siempre que se hubieran concluido dentro de los tres meses siguientes a partir de la extinción de dicho contrato, así como aquellos encargos realizados al agente antes de la terminación del contrato.

En este sentido, el Fundamento de Derecho Segundo de la SAP de Pontevedra, de 21 de abril de 2017 (JUR\2017\137101) expone la realización de dos operaciones directamente concertadas por el agente, que resultan *“totalmente insuficientes para entender que se trata de operaciones ordinarias que continúan siendo ejecutadas ambas partes manteniendo así la vigencia del contrato, ahora de duración indefinida. [...] En el caso que nos ocupa, las dos operaciones de intermediación directa como agente se circunscriben a los tres primeros meses tras la extinción, por lo que serían incluibles en el art. 13.1.a) LCA”*.

---

<sup>801</sup> Es de la misma opinión, ALCALÁ DÍAZ, M.Á., *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 230. En idénticos términos para el contrato de agencia LARA GONZÁLEZ, R., *Op. cit.*, Madrid, 1998, p. 146.

<sup>802</sup> La expectativa de prórroga de las relaciones distributivas podría promover en el distribuidor la realización de otras inversiones que no podrían ser amortizadas, que, en el supuesto de extinguirse el contrato, podría suponer la interposición de demandas fundadas en *culpa in contrahendo*. Para profundizar, VAQUERO PINTO, M.J., *Op. cit.*, Valencia, 2015, p. 532.

Además de lo expuesto, son destacables algunas particularidades relativas a la duración de los contratos en virtud de su modalidad. En este sentido, resulta frecuente que, considerando la experiencia de los franquiciados, los franquiciadores prefieran celebrar un pacto por un tiempo determinado. De hecho, los franquiciados suelen aceptar la celebración un contrato de franquicia por el interés de comenzar una actividad comercial bajo la protección de la marca del franquiciador y en la confianza de experimentar una prórroga de esta en el futuro. Ahora bien, muchos son los supuestos en los que los franquiciadores condicionan la renovación del contrato a la admisión de unas condiciones menos favorables para el franquiciado que, para poder continuar con la actividad emprendida y amortizar las inversiones realizadas, debe conformarse con las modificaciones introducidas unilateralmente por el franquiciador<sup>803</sup>.

Asimismo, la duración determinada también presenta inconvenientes para las partes de las relaciones distributivas, en general y de los contratos de franquicia, en particular. A modo de ejemplo, destacan los supuestos de pérdida de confianza entre las partes que han pactado contratos de duración determinada. Así, considerando la incidencia del *intuitu* en los contratos de distribución, las partes no podrán desvincularse cuando hayan fijado un contrato cuya duración sea determinada y deberán cumplir su contenido hasta la vigencia de este. Otra desventaja para las partes es que los contratantes no podrán desistir del contrato en los contratos de duración determinada puesto que, tal acción supondría un incumplimiento de las obligaciones acordadas<sup>804</sup>. Por tanto, la terminación de los contratos de distribución quedará condicionada por la duración de sus contratos, de modo que únicamente se podrá proceder a la extinción de los contratos cuya duración sea determinada por el transcurso del tiempo en supuestos de mutuo acuerdo de las partes<sup>805</sup>. O bien, ante la incidencia del *intuitu* en las relaciones distributivas en caso de

---

<sup>803</sup> Es de la misma opinión, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *Op.cit.*, La Ley, 2010, p. 556.

<sup>804</sup> En este sentido, la facultad de desistir del contrato de duración determinada supone un incumplimiento contractual en los términos establecidos en el art. 1124 CC. Entre otros, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 260. Es de la misma opinión, VAQUERO PINTO, M.J., *Op.cit.*, Valencia, 2015, p. 526

<sup>805</sup> Como es sabido, el desistimiento unilateral por cualquiera de las partes supondrá un incumplimiento de los términos expresamente previstos en los contratos de duración determinada; lo que generará consecuencias para la parte perjudicada, que podrá solicitar la indemnización por los daños y perjuicios causados por su contraparte.

jubilación<sup>806</sup>, precisión de medidas de apoyo para las personas con discapacidad, fallecimiento o declaración concursal<sup>807</sup>.

## 1.2. Contratos de duración indefinida

Las partes pueden optar por la celebración de contratos por tiempo indefinido; aunque, como es sabido, es inadmisibles la vinculación a perpetuidad. Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico permite la introducción en el contrato de una cláusula de terminación que prevea el ejercicio del desistimiento unilateral *ad nutum* siempre que se respete un periodo de preaviso estipulado.

La finalidad de pactar un contrato de duración indefinida va más allá de la comercialización de sus bienes y servicios por parte del distribuidor. La verdadera intención del cabeza de red es controlar el destino de los productos distribuidos hasta su consumidor final. De este modo, resulta razonable advertir que la integración de las partes en los contratos de distribución será más intensa cuanto mayor sea su duración y su prolongación temporal<sup>808</sup>. Aunque, como se ha afirmado, la prolongación de las relaciones distributivas no resulte favorable siempre para los intereses de las partes y/o para el cabeza de red. Por tal motivo, desde un planteamiento teórico, las partes deben compartir una visión común respetando los deberes de lealtad y buena fe<sup>809</sup> pero sin dejar de lado los intereses particulares de cada uno de los contratantes.

La celebración de un contrato de distribución de duración indefinida parece dotar de una cierta estabilidad contractual. Lo que se traduce en el deber de fidelidad y confianza entre

---

<sup>806</sup> Vid. la SAP de Pontevedra, de 21 de abril de 2017 (JUR\2017\137101).

<sup>807</sup> Sobre la incidencia del *intuitu personae* en la extinción de los contratos de distribución me ocupó en el capítulo 5 de la Segunda parte del presente trabajo de investigación.

<sup>808</sup> Por todos, VAQUERO PINTO, M.J., *Op. cit.*, Valencia, 2015, p. 518.

<sup>809</sup> Aunque la doctrina de la buena fe rige el comportamiento entre las partes contratantes de las relaciones distributivas, también condiciona la formación del acuerdo –obligaciones de información precontractual– y configura la extinción del contrato. La buena fe se identifica con un principio general del derecho de nuestro ordenamiento jurídico; que es aplicable en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador, tal y como dispone el art. 1.4.CC. Del mismo modo, el Código reivindica la doctrina de la buena fe en el ejercicio de los derechos en su art. 7.1 CC, y en lo que respecta a los pactos *inter partes*, el art. 1258 CC establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Por su parte, el art. 57 CCom. advierte que los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.

las partes<sup>810</sup>. En el momento que tal confianza decaiga, cualquiera de los contratantes podrá poner fin al contrato respetando el periodo de preaviso previamente establecido.

Sin embargo, a pesar de la estabilidad que parece otorgar la celebración de contratos duraderos, la duración indefinida de los mismos puede asimismo presentar algún que otro inconveniente para el proveedor o fabricante. Por ejemplo, la imposibilidad del fabricante de reorganizar su red de distribución con anterioridad al cumplimiento del plazo fijado en el contrato, o bien, la desventaja económica en la actualización de su canon o ingreso en concepto de distribución<sup>811</sup>.

Por el contrario, el distribuidor preferirá celebrar contratos de distribución por tiempo indefinido que le permitan amortizar sus inversiones realizadas. Como se ha advertido, este supuesto es extensible a los franquiciados, y, en especial, para los concesionarios o distribuidores con pacto de exclusiva. En lo que respecta a esta última modalidad, el concesionario además de comprar los productos al concedente pone su empresa a disposición de éste para la reventa de estos, y, sin duda, le genera un mayor nivel de inversión por parte del primero<sup>812</sup>. Así las cosas, otro motivo que refuerza el interés del proveedor en la celebración de contratos de distribución de corta duración es la comprobación que el nivel de comercialización de sus productos es el óptimo y deseado.

Cuestión diferente son los efectos derivados de las relaciones distributivas en el momento de su terminación. Sea porque así lo hayan dispuesto las partes en el contrato o por la aplicación analógica de los arts. 25 y 28 LCA a los contratos de distribución<sup>813</sup>. En este sentido, las principales consecuencias de la duración de los contratos suelen manifestarse una vez se ha extinguido el contrato, tanto en lo relativo a la determinación del periodo con la que la parte que desiste debe preavisar como en lo referente a las posibles

---

<sup>810</sup> Entre otros, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *Op. cit.*, La Ley, 2010, pp. 539 y ss, y ALCALÁ DÍAZ, M.Á., *Op. cit.*, Editorial Bosch, Barcelona, 2015, p. 199.

<sup>811</sup> Siguiendo a ALCALÁ DÍAZ, M.Á., *Op. cit.*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 200.

<sup>812</sup> Es de la misma opinión, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *Op. cit.*, La Ley, 2010, p.555.

<sup>813</sup> En este sentido, según establece el art. 28.1 LCA, cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior pudiese continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran. Por su parte, algunos autores de la doctrina estiman que, la caracterización del contrato de agencia como contrato de duración, supone un recurso frecuente para la aplicación analógica de su contenido para con los contratos de distribución en nuestro ordenamiento jurídico. VAQUERO PINTO, M.J., “Capítulo 29. Duración del contrato. Extinción del contrato por tiempo determinado y por tiempo indefinido: el preaviso”..., p. 519.

indemnizaciones –sea por clientela o por daños y perjuicios- que puede corresponder a la parte perjudicada por la finalización del contrato.

- a) En lo que respecta a la determinación del periodo de preaviso, muchos son los contratos en los que las partes han establecido un plazo proporcionado al tiempo de vigencia del contrato hasta ese momento, similar al establecido en las disposiciones de la LCA. Esto es, un mes por cada año de vigencia de contrato, con un máximo de seis meses.
- b) Por su parte, la fijación de las posibles indemnizaciones, por clientela o por daños y perjuicios, podrá basarse en la duración de la relación distributiva. En este sentido, las partes podrían haber previsto en el contrato el contenido exacto de la LCA para la redacción de los contratos de distribución. En este supuesto, según lo dispuesto en el art. 28.3 LCA, la indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente o distribuidor durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior. Con todo, el criterio de margen bruto o neto que debe seguirse para el cálculo de la indemnización por clientela en los contratos de distribución es, según se ha pronunciado la Sala 1ª del Supremo –entre otras, SSTS, Sala 1ª, de 19 de mayo de 2017 (RJ\2017\2228) y 1 de marzo de 2017 (RJ\2017\611)- el del beneficio neto; esto es, la diferencia entre el beneficio bruto (ingresos menos gastos de la operación) y los gastos generados (salarios, amortizaciones, tributos, rentas e intereses)<sup>814</sup>.

A falta de una disposición normativa que regule los contratos de distribución, las partes podrán asimismo orientarse por las distintas propuestas de regulación de estos contratos, sean nacionales o internacionales, que sí hayan abordado la duración del contrato como un aspecto prioritario de su contenido, distinguiendo entre contratos de duración determinada e indefinida.

---

<sup>814</sup> La aplicación de la doctrina jurisprudencial del beneficio “neto” consiste, según establece el Fundamento de Derecho 4º de la STS, 19 de mayo de 2017, (RJ\2017\2228), en considerar “*aquellos gastos que resulten precisos para la obtención del producto de las ventas (gastos de personal, transportes, gastos financieros, y la repercusión de gastos generales), esto es, el beneficio neto –diferencia entre el beneficio bruto (ingresos menos gastos de la operación) y los gastos generados (salaries, amortizaciones, tributes, rentas intereses)*”. Otras resoluciones judiciales ilustrativas respecto de esta materias serían las siguientes: SSTS, de 30 de mayo de 2016 (RJ\2016\2293) y 21 de marzo de 2007 (RJ\2007\2620).

-En lo relativo a las propuestas nacionales de regulación de los contratos de distribución, tanto el art. 22 PLCD (2011) como el art. 543-19 PCM (2013) resultan prácticamente de contenido idéntico a las disposiciones reguladas en el art. 24 LCA en lo referente a la conversión automática de un contrato de duración determinada en otro de carácter indefinido.

-Por su parte, en las disposiciones de las propuestas europeas de regulación de los contratos de distribución como el Marco Común de Referencia<sup>815</sup>, que regula disposiciones comunes para los contratos de agencia, distribución y franquicia, el art. IV.E.-2:301 DCFR advierte que las partes son libres de no renovar un contrato celebrado por un período de tiempo determinado, e introduce una solución razonable al respecto imponiendo al contratante que no desee renovar el contrato la obligación de comunicarlo a su contraparte en el sentido establecido en el art. IV.E.-2:301<sup>816</sup>.

Finalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia<sup>817</sup> han reconocido las exigencias derivadas del principio de buena fe mediante el respeto del preaviso para permitir a la parte desistida la posibilidad de adoptar las medidas pertinentes para la adaptación a la nueva situación. De este modo, se eliminan las consecuencias negativas de la extinción del contrato para la parte desistida. Y, en la medida de lo posible, ésta última dispone de un margen de tiempo para reorganizar su actividad empresarial. Por el contrario, el ejercicio de una facultad de forma sorpresiva o inopinada podría valorarse como un ejercicio abusivo de derecho inclusive constitutivo de una conducta desleal de mala fe<sup>818</sup>.

---

<sup>815</sup> Para ampliar sobre la duración como causa de extinción del contrato de distribución y la facultad de desistimiento unilateral de cualquiera de las partes, vid el epígrafe “Marco común de Referencia 2008” en el capítulo relativo al “Panorama normativo sobre los contratos de distribución comercial” del presente trabajo de investigación.

<sup>816</sup> El citado precepto dispone que *“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 período 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”*. Como éste precepto no establece con precisión cuál será el periodo razonable con el que se debe preavisar, por lo que se deberá atender a la casuística y circunstancias particulares del supuesto para la concreción de tal plazo.

<sup>817</sup> En lo que respecta a la duración de los contratos de distribución indeterminada, el Alto Tribunal ha fijado del plazo de preaviso necesario para desistir del contrato considerando la doctrina de la buena fe. Por ejemplo, vid. el Fundamento de Derecho Segundo de la STS, Sala 1ª, 19 de mayo de 2017, (RJ\2017\2228).

<sup>818</sup> Es de la misma opinión, CORVO LÓPEZ, respecto de ATAZ LÓPEZ, J., “La libertad contractual y sus límites”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.), *Tratado de contratos*, T. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 185 y en CORVO LÓPEZ, F.M., “Principios y deberes básicos para la ejecución de los contratos: buena fe, lealtad, cooperación, información y confidencialidad”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.237.

## 2. Régimen supletorio

Si las partes no han establecido contenido alguno en relación con la duración del contrato, se entenderá que las relaciones distributivas tienen carácter duradero. Y que, por consiguiente, cualquiera de los contratantes podría poner fin al contrato en los términos expuestos respecto al desistimiento unilateral. Esto es, respetando un periodo de preaviso que resulte razonable. Todo ello en evidente aplicación del principio según el cual nadie puede quedar vinculado *sine die* por una relación jurídica, tal y como se ha advertido anteriormente en el presente trabajo<sup>819</sup>.

Ahora bien, como se ha advertido anteriormente, la determinación del plazo de preaviso con el que la parte que decide desistir dependerá, principalmente de la duración de las relaciones distributivas. Y, ante el silencio de las partes, los tribunales interpretan la razonabilidad de periodo de preaviso considerando no sólo el contenido del art. 1128 del Código Civil anteriormente expuesto, además dlla doctrina de la buena fe. Respecto a este último principio, cabe traer a colación las aportaciones del legislador respecto de la duración mínima de los contratos de distribución en alguna de las propuestas de regulación, destacando el PLCD (2011), en su art. 21.2, que advierte de la necesidad de dotar al distribuidor del tiempo suficiente poder amortizar las inversiones realizadas<sup>820</sup>. Y, sin duda, se viene a constatar, una vez más, la reclamación realizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

## 3. La duración de los contratos de distribución comercial y el Derecho de competencia: De los acuerdos verticales y prácticas concertadas en los contratos de distribución en exclusiva a las cláusulas de competencia posterior a la extinción de los contratos

El Derecho de competencia puede resultar un límite a la autonomía de la voluntad de las partes de una relación contractual distributiva. En particular, el artículo 5 a) del Reglamento 2790/1999, admite que las prohibiciones de no competir pueden producir

---

<sup>819</sup> Por todos, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Tres visiones sobre la extinción de los contratos de distribución en los textos proyectados” en VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A. Y RUÍZ PERIS, J.I., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Editorial LA LEY, Madrid, 2012, p. 430.

<sup>820</sup> Aunque el término suficiente pueda resultar un concepto jurídico indeterminado puede resultar muy operativa en determinadas circunstancias para evitar un encorsetamiento legal por parte del legislador que ha defendido la necesidad de amortizar las inversiones sin determinar con exactitud el plazo de vigencia del contrato. Para ello, se deberán estudiar las circunstancias del supuesto dependiendo de la casuística.

eficiencia cuando su duración en los contratos de distribución exclusiva no sea superior a cinco años<sup>821</sup> y la cuota de mercado del proveedor no ascienda al 30%. Se trata, por tanto, de una limitación temporal de las restricciones verticales que impone la duración en las obligaciones del contrato de distribución exclusiva. Con todo, resulta de interés para nuestro tema de investigación el alcance del principio de libertad contractual como consecuencia de las limitaciones que impone el Derecho de competencia una vez finalizado el contrato.

Asimismo, tal y como se ha advertido, las prohibiciones de competencia pueden también operar una vez terminado el contrato de distribución. De hecho, es frecuente que, en los contratos de franquicia las partes introduzcan cláusulas de no competencia postcontractual con el objeto de proteger los posibles conocimientos técnicos que han sido transmitidos al franquiciado como consecuencia de su saber-hacer (*know how*). Ahora bien, se considerarán restrictivas aquellas cláusulas de no competencia postcontractual que se prolonguen en el tiempo. Por ejemplo, cabe traer a colación aquellas cláusulas de no competencia cuya duración sea superior a un año, con la salvedad que se trate de restricciones relativas al uso y cesión de conocimientos técnicos que no sean de dominio público, cuya duración podrá resultar ilimitada en el tiempo tal y como se advierte en el art. 5 b) del Reglamento nº 2790/1999.

La limitación de la competencia una vez finalizado el contrato no opera de forma automática. Por tal motivo, resulta más que recomendable que la parte interesada en imponer tal limitación la haya introducido como propuesta y haya sido expresamente aceptada por ambos contratantes en el acuerdo. De este modo, el proveedor o franquiciador podrá asegurarse que el distribuidor o franquiciado no procede a transferir conocimientos técnicos relevantes, ni aprovecharse de la experiencia previamente obtenida por el *know-how* comercial del proveedor o franquiciador si decide

---

<sup>821</sup> Se entiende que los beneficios producidos por la marca en un periodo superior a cinco años no son capaces de compensar el efecto de exclusión que producen. Sin embargo, los efectos negativos no son apreciables en aquellas prohibiciones de no competir durante un año. Siguiendo a GARCÍA HERRERA, A., *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 428 y 429.

comercializar otro servicio o producto de naturaleza semejante o análoga con el que trabajaba<sup>822</sup>.

En este sentido, por ejemplo, cabe traer a colación la SAP de Zaragoza, de 13 de junio de 2017, (JUR\2017\175252) relativa a la extinción de un contrato de agencia entre el Banco Santander S.A. y el agente ABEL, en cuyo acuerdo se pactó además la exclusividad del agente que se extendió a los dos años siguientes a la extinción del contrato, prohibiéndosele realizar durante este tiempo dicha actividad, así como la de agente colaborador<sup>823</sup>.

---

<sup>822</sup> En este sentido, GARCÍA HERRERA, A., *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p.431.

<sup>823</sup> Vid. Fundamento de Derecho Segundo de la SAP de Zaragoza, de 13 de junio de 2017, (JUR\2017\175252).



## Capítulo 4. ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE CIRCUNSTANCIAS: como causa de extinción de los contratos de distribución

**SUMARIO:** I. Antecedentes. II. Concepto de la alteración sobrevenida de circunstancias. III. Requisitos de la alteración sobrevenida de circunstancias como causa de extinción de los contratos de distribución: 1. Cambio de titularidad de los contratantes. 2. Objeto el contrato de distribución. 3. Principio de interés común en los contratos de colaboración. 4. Contratos duraderos y de tracto sucesivo. IV. Fundamentos jurídicos ante los distintos supuestos del cambio sobrevenido de circunstancias en los contratos de distribución 1. Si el legislador ha previsto la modificación sobrevenida de circunstancias. 2. Previsión expresa por las partes de la modificación de los términos del contrato. 1.1. Cláusulas de excesiva onerosidad (*hardship*). 1.2. Cláusulas de fuerza mayor 1.3. Cláusulas de frustración del contrato. 3. Falta de previsión expresa en el contrato de cláusulas de estabilización: 3.1. ¿puede una parte exigir la renegociación una vez sobrevenido el cambio no previsto? 3.2. Remedio judicial: ¿Qué soluciones podrán aplicar los tribunales en caso de conflicto?

### I. Antecedentes

El principio de autonomía de la voluntad otorga a cada uno de los contratantes la libertad de comprometerse frente al otro, quedando sometido necesariamente a la obligación de actuar conforme a lo estipulado. La fuerza obligatoria de los contratos es uno de los principios fundamentales de cualquier ordenamiento jurídico. Como es sabido, en el Derecho español, el principio de vinculación contractual está regulado en el artículo 1091 del Código Civil, que dispone que “*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos*”.

El principio de *pacta sunt servanda*<sup>824</sup> implica que los contratos deben permanecer inalterables desde el momento de su perfección salvo por común acuerdo de los contratantes<sup>825</sup>. Sin embargo, si se produce una circunstancia sobrevenida que altera las condiciones del contrato respecto de su momento de celebración, una de las partes puede

---

<sup>824</sup> El principio *pacta sunt servanda* (en el sentido general atribuido a *pacta*: los contratos han de cumplirse), es una expresión medieval originada en el Derecho canónico. Según la formulación de los canonistas, romper un contrato era similar al perjurio. Esta idea fue desarrollada por los teólogos del siglo XVI que a su vez, sirvió de base para elaborar el principio de libertad contractual. Por su parte, el principio de libertad contractual fue acogido por el Derecho natural de Grocio y Pufendorf, y forma parte de nuestros ordenamientos jurídicos actuales. Para ampliar, véase, MARTÍNEZ DE MORETÍN, M.L., “Sobre la construcción del principio *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité* 61, Presses Universitaires de Liège, 2014, p. 333.

<sup>825</sup> Por todos, ALBALADEJO, M., *Derecho civil II (Derecho de obligaciones)*, Editorial Bosch, S.L., Barcelona, 2002, p. 455.

resultar perjudicada, al tiempo que la otra resulte beneficiada<sup>826</sup>. El cambio de circunstancias se produce por el acontecimiento de eventos extraordinarios, no previsibles, posteriores a la celebración del contrato, pero anteriores a su total consumación. Asimismo, los hechos no deben ser imputables a ninguna de las partes<sup>827</sup>.

La alteración de circunstancias puede romper el equilibrio de las prestaciones acordadas en el contrato en el momento de su celebración. En este sentido, el cumplimiento de las obligaciones pactadas puede resultar más gravoso de lo que razonablemente pudo preverse en durante la perfección del contrato<sup>828</sup>. Así, el cambio de circunstancias puede implicar, según los casos, una grave desproporción de las obligaciones de una parte respecto a las de la otra<sup>829</sup>, generando un impacto negativo que conlleve a una de ellas a desvincularse del contrato o solicitar su modificación.

La cuestión consiste en determinar hasta qué punto debe mantenerse la regla *pacta sunt servanda* del derecho de contratos en la materia objeto de nuestro estudio. O bien, se debe proceder a la modificación de los acuerdos u optar por la extinción del pacto. Para la renegociación de los términos del contrato será precisa la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*<sup>830</sup>; que prolongará la vigencia del contrato al tiempo que se evita su extinción. La conservación de los contratos será de vital importancia en los negocios de tracto sucesivo<sup>831</sup>, en la medida que el transcurso del tiempo puede conllevar un cambio

---

<sup>826</sup> Como indica ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado, Obligaciones y Contratos I*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 234.

<sup>827</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración extraordinaria de circunstancias”, *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, (Coord.) Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 141-142. Por su parte, tal y como acertadamente pone de manifiesto GÓMEZ LIGUERRE, en los supuestos derivados del art. 1105 CC, este precepto se refiere a “sucesos” y los arts. 1182 y 1184 CC –relativos a la pérdida de la cosa y a su imposibilidad, respectivamente- que también serán objeto de estudio en el presente capítulo, son impedimentos del todo ajenos al deudor. Para profundizar, GÓMEZ LIGUERRE, C., “Fuerza Mayor”, *InDret 2/2020, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2020, p.6.

<sup>828</sup> Siguiendo a PARRA LUCÁN, M.Á., “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre 2015, p. 4.

<sup>829</sup> El cambio de circunstancias, en otras ocasiones, no altera el equilibrio de las contraprestaciones. Las partes pueden convenir continuar con sus obligaciones por resultarles todavía beneficioso el cumplimiento de las mismas, aunque a alguna de ellas le resulte más oneroso este cumplimiento.

<sup>830</sup> La *cláusula rebus sic stantibus* significa “Estando así las cosas...” Así lo expone el Diccionario panhispánico del español jurídico (<https://dpej.rae.es/lema/rebus-sic-stantibus>, consultado el 12.1.2022).

<sup>831</sup> En este sentido, ROCA SASTRE, R.M., *Op. cit.*, Madrid, 1948, p. 235. Del mismo modo, MARTINEZ DE AGUIRRE advierte acertadamente que, aunque es lo habitual, no es preciso que se trate únicamente de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Capítulo 14: Modificación del contrato”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (Coord.), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.A., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, 3ª Ed.

de las prestaciones recíprocas inicialmente acordadas, como es el caso de los contratos de distribución. Máxime cuando los contratos de distribución son también pactos relacionales que pueden quedar incompletos. O, si las condiciones inicialmente pactadas deben aplicarse en un contexto muy diferente<sup>832</sup>.

Aunque la doctrina *rebus sic stantibus* ocupaba un lugar marginal en el ámbito del Derecho de la contratación a lo largo del XX, desde la crisis económica de 2008 se ha experimentado una paulatina flexibilización en la aplicación de la citada cláusula por parte de la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo<sup>833</sup> que, en aras de resolver las dificultades de cumplimiento de las prestaciones acordadas por las partes<sup>834</sup>, ha variado su posición restrictiva.

En línea con lo expuesto, es descable que, coincidiendo con la terminación de la redacción de esta tesis doctoral, se produjeron los primeros casos en China de un virus denominado COVID-19 causado por el coronavirus SARS-CoV-2 (diciembre de 2019) que, en marzo de 2020 alcanzó la dimensión de pandemia global a escala mundial. Como es sabido, esta situación provocó una paralización de la actividad económica suponiendo, en muchos supuestos, un obstáculo para el desenvolvimiento de las relaciones contractuales<sup>835</sup>. Y ello ha propiciado la necesidad de poner en valor el contenido del capítulo sobre la alteración sobrevenida de circunstancias como causa de extinción de los contratos de distribución; motivado por la imposibilidad de cumplimiento de las prestaciones acordadas o por el impedimento del cumplimiento total, parcial o temporal. Incluso habiendo profundizado sobre aquellos supuestos que, aún siendo posible su cumplimiento, supondrían un esfuerzo desorbitado e ineficiente para una de las partes de las relaciones distributivas que podría subsanarse con la renegociación de los términos

---

Colex, Madrid, 2011, p. 468. (De los contratos de tracto sucesivo, se dice: “*contractus qui habent tractus sucessivus vel dependentia de futuro rbus sic stantibus intelliguntur*”).

<sup>832</sup> Por todos, PARRA LUCÁN, M.Á., *Op. cit.*, Barcelona, octubre 2015, p. 4.

<sup>833</sup> Son de especial relevancia las SSTs de 30 de junio de 2014 (RU\2014\6129) y 15 de octubre de 2014 (RJ\2014\6129) que suponen una flexibilización de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por parte de la jurisprudencia.

<sup>834</sup> En este sentido lo expone FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., “*Rebus sic stantibus* y crisis económica. Orden público económico versus especulación”, *AFD*, 2017 (XXXIII), p. 65. pp. 63-98, ISSN: 0518-08722017, p. 65.

<sup>835</sup> Siguiendo a DIEZ SOTO, C.M., y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del Covid-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, p. 182.

del contrato. Especialmente, porque la crisis sanitaria de la COVID-19 y sus consecuencias eran del todo imprevisibles a la vez que inevitables<sup>836</sup>.

Dicho lo anterior, el presente capítulo se centra en la alteración sobrevenida de circunstancias como causa de extinción<sup>837</sup> de los contratos de distribución. Y en el análisis de la compleja relación entre el principio de conservación de los contratos y la revisión de sus prestaciones cuando el cumplimiento de estas resulte inasumible para una de las partes. También serán objeto de estudio los supuestos en los que se procederá a la extinción del contrato ante la desproporción exorbitante de las prestaciones, cuyo contenido quedó fuera de todo cálculo por los contratantes<sup>838</sup>. Por tal motivo, con el cambio sobrevenido de circunstancias se plantea el interrogante de la subsistencia del contrato y/o de la revocabilidad del vínculo contractual en los términos inicialmente acordados.

Ante tal disyuntiva se abordan, el concepto, los fundamentos y requisitos de la alteración sobrevenida de circunstancias como causa de extinción del contrato de distribución estudiando en qué medida puede ajustarse el cumplimiento de las obligaciones pactadas; tanto si las partes lo hubieran previsto en el contrato como en su defecto. A continuación, se profundiza en la revisión del contrato en virtud de la equidad considerando las soluciones justas<sup>839</sup>, una vez sobrevenido el cambio no previsto. Por último, se va a incidir en los distintos remedios, sean éstos judiciales o extrajudiciales.

---

<sup>836</sup> No obstante, como advierte acertadamente GÓMEZ LIGÜERRE, la crisis derivada de la pandemia ha tenido unas dimensiones tan gigantescas que es irrelevante debatir si se trata de un supuesto previsible pero inevitable o evitable pero imprevisible. GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Fuerza Mayor”, *InDret* 2/2020, *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2020, p.1.

<sup>837</sup> Como acertadamente advierte, entre otros autores, LACRUZ BERDEJO por regla general, el contenido de la prestación acordada es aceptada por las partes, por lo que deben cumplirse a pesar acontecer hechos sobrevenidos que hagan el cumplimiento más oneroso porque la parte sera responsable de no haber previsto la concurrencia de un nuevo contexto. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, Derecho de obligaciones II*, Volumen I, Dykinson, Madrid, 2000, p. 512. Con todo, tal y como se expone en el presente capítulo, en determinados supuestos –máxime motivados por una pandemia con la paralización económica total o parcial que afectará al desenvolvimiento de las relaciones contractuales-no parece justo que deba persistir el deber de cumplir.

<sup>838</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *Op.cit.*, Madrid, 2011, p. 469.

<sup>839</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Op.cit.*, Madrid, 2014, p. 145.

## II. Concepto de la alteración sobrevenida de circunstancias:

La alteración sobrevenida de circunstancias puede considerarse, según los casos, una causa de extinción de los contratos de distribución como consecuencia de la aparición de un hecho imprevisible y posterior a la conclusión del contrato. Un cambio sobrevenido implica un acontecimiento imprevisible que altera las condiciones de cumplimiento acordadas en el contrato. Un ejemplo representativo de dicha alteración sería la crisis sanitaria, económica y social de la COVID-19 y su incidencia sobre el Derecho de contratos.

El cambio de circunstancias se identifica con una alteración imprevisible respecto de las prestaciones acordadas inicialmente en el contrato por las partes, cuyo contenido deberá ser ajustado al nuevo contexto para facilitar su cumplimiento<sup>840</sup>. Así, la modificación o extinción del contrato se fundamenta en la equidad de las soluciones propuestas mientras que la inmutabilidad de este se fundamenta en la conveniencia de la seguridad jurídica de los pactos<sup>841</sup>.

En los contratos de distribución, al igual que sucede en el resto de los contratos, resulta aconsejable que la operación económica articulada sea mutuamente ventajosa para ambas partes. De hecho, lo idóneo es que las partes cooperen en pro del interés común ante un acontecimiento gravoso e imprevisible dadas las características de la relación de confianza o *intuitu personae* según lo dispuesto en el art. 1161CC<sup>842</sup> y el tracto sucesivo de esta tipología de contratos. Por lo que, de producirse un hecho de circunstancias sobrevenido que reduzca el valor del cumplimiento para el acreedor o suponga un incremento del coste para el deudor, las partes preferirán, en la mayor parte de los casos, permanecer en el contrato<sup>843</sup>. La conservación del contrato es la consecuencia de los

---

<sup>840</sup> Por todos, GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Op. cit.*, Barcelona, 2020, p.7.

<sup>841</sup> Siguiendo a ALBALADEJO, M., *Op. cit.*, Barcelona, 2002, p. 465.

<sup>842</sup> El artículo 1161 del Código Civil dispone: “*En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación*”. Se profundizará sobre este extremo en el capítulo siguiente de esta II parte del presente trabajo de investigación.

<sup>843</sup> Aunque los costes asociados a la terminación de un contrato son altos, también es probable que, ante determinados supuestos, las partes decidan poner fin al contrato en los casos siguientes:  
-cuando la relación contractual no resulte satisfactoria para uno de los contratantes y decida ejercitar el desistimiento unilateral del contrato (esta causa de extinción de los contratos de distribución se ha estudiado en el capítulo 1 de esta II parte de este trabajo.

elevados costes asociados que conlleva su terminación. Y ello es así porque un acuerdo en vigor se traduce en un activo valioso que desaparece cuando el pacto se resuelve o se termina; especialmente, en aquellos contratos como los de distribución cuyo valor añadido es el valor relacional<sup>844</sup>. Los principales motivos que parecen justificar la continuidad de los contratos de distribución –frente a la extinción de las relaciones distributivas- podrían ser el temor para perder las cuasi rentas futuras derivadas de las inversiones realizadas por el distribuidor y la necesidad del proveedor en la comercialización de sus productos<sup>845</sup>.

Asimismo, ante cualquier cambio sobrevenido resulta también recomendable que las partes se transmitan toda la información comercial y técnica necesaria para promover la mejor distribución de los bienes y servicios e impedir la terminación del contrato. En este sentido, se requiere de una comunicación fluida de todo aquello que pueda afectar sustancialmente a la ejecución del contrato y que permita a los contratantes anticiparse ante cualquier supuesto de extinción del acuerdo. A modo ilustrativo, destacan los cambios derivados del nivel de abastecimiento del distribuidor, las variaciones previstas por el proveedor en su política de comercialización, de imagen, de reputación de la marca y de sus productos objeto del contrato<sup>846</sup>. De hecho, se analizará si una de las partes

---

-cuando la relación distributiva no resulte beneficiosa para ninguno de los contratantes, y decidan extinguir el contrato de mutuo acuerdo.

-cuando, aunque resulte económicamente ventajosa para una de las partes, el contraparte incumpla las prestaciones establecidas en el contrato debido al cambio de circunstancias. Se podría extinguir el contrato si la parte perjudicada decidiera resolver el contrato por incumplimiento. Para ampliar sobre este supuesto, vid el capítulo 2 de la II parte de este trabajo.

<sup>844</sup> Siguiendo a GANUZA, J. J. y GÓMEZ POMAR, F., “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, *InDret*, 2/20, *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2020, pp. 558-584.

<sup>845</sup> En los contratos de colaboración, también conocidos como de interés común, las partes son vulnerables a la posibilidad de conductas no cooperativas por parte del otro contratante. Así lo expone, GÓMEZ POMAR, F. en “Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Dir.) *Los contratos de distribución*, Editorial La LEY, 1ª Ed., Madrid, 2010, p. 252.

<sup>846</sup> En este sentido, de acuerdo con el artículo 5103-1 del Capítulo III Título X de los contratos de distribución (relativa a los deberes de información durante el contrato) de la Propuesta del Código Civil, Libro V, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante, APDC), Mayo de 2016. La redacción del artículo 5103-1 apdo. 2º es la siguiente: “*Las partes se obligan a comunicarse con un plazo de antelación razonable cualquier circunstancia que pueda afectar con carácter sustancial a la ejecución del contrato; en especial, las relativas a los niveles de abastecimiento del distribuidor, las variaciones previstas por el proveedor en su política de comercialización y cualquier circunstancia que pueda afectar a la imagen, la reputación y titularidad de los derechos de propiedad intelectual e industrial relacionados con los productos o servicios objeto del contrato*”.

<http://www.derehocivil.net/esp/pdf/Propuesta%20Libros%20may%202016.pdf>

(Consultado el 06.09.2016).

detecta una conducta no cooperativa que pueda ocasionar resultados perjudiciales<sup>847</sup> o suponga una pérdida de confianza respecto a su contraparte provocando, incluso, la extinción del contrato. Con todo, no corresponde el análisis de este extremo en estas líneas puesto que el capítulo próximo aborda con mayor precisión y detenimiento tales supuestos.

En lo relativo a la casuística del cambio sobrevenido de circunstancias, los contratos de distribución concitan multiplicidad de escenarios posibles que, unido a las correspondientes características de esta tipología de contratos, demandan soluciones justas para las partes. Por consiguiente, resulta conveniente estudiar las alternativas que se presentan a las partes para mantener la vigencia del contrato o darlo por finalizado<sup>848</sup>. Una vez delimitado el alcance del cumplimiento<sup>849</sup> y manifestada la intención de conservarlo, se estudiará en que supuestos será posible la renegociación de los contratos mediante la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*<sup>850</sup>.

### III. Supuestos de la alteración sobrevenida de circunstancias y requisitos:

Los requisitos que inciden en el cambio de circunstancias como causa de extinción de los contratos de distribución pueden variar considerando de múltiples supuestos, entre los que se encuentran:

- 1) cambio de titularidad de los contratantes,
- 2) objeto del contrato de distribución,

---

<sup>847</sup> La relación entre las partes de los contratos de colaboración se basa en la confianza, por lo que si una de ellas no coopera activamente con la mejora de resultados ni comunica a la otra circunstancias que pueden alterar el funcionamiento normal del canal de distribución, puede inducir a desistir del contrato motivada en una pérdida de confianza. Para ampliar, GÓMEZ POMAR, F., *Op. cit.*, Madrid, 2010, p. 254.

<sup>848</sup> Es de la misma opinión, GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Op. cit.*, Barcelona, 2020, p.9.

<sup>849</sup> En este momento deberán ser objeto de revisión las normas generales sobre la imposibilidad del CC, establecidas en los arts. 1105, 1182 y 1184 CC, afectan a los supuestos de imposibilidad material, por pérdida o destrucción de la cosa o por las normas imperativas que impidan la ejecución de la prestación. En este sentido, GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Op. cit.*, Barcelona, 2020, p. 9.

<sup>850</sup> Según dispone González Pacanowska, la denominada cláusula *rebus sic stantibus* (estando así las cosas), cuyo origen –según Osti- se encuentra en algunos pasajes de Cicerón y Séneca, es un principio del Derecho que parte de la necesidad de limitar el valor de una promesa ante el cambio de circunstancias. Según esta regla se desprende cualquier alteración de las circunstancias establecidas en el momento de la perfección del contrato puede modificar dichas estipulaciones ante un cambio inesperado de las condiciones. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Op.cit.*, Madrid, 2014, p. 145.

- 3) principio de interés común en los contratos de colaboración,
- 4) contratos duraderos y de tracto sucesivo

Cada uno de los aspectos siguientes podrá contribuir a la terminación de las relaciones distributivas, o incluso podrán darse las causas que motiven la revisión de los contratos como consecuencia de una alteración sobrevenida de circunstancias.

### 1. El cambio de titularidad de los contratantes:

En primer lugar, el cambio de titularidad imprevisible para una de las partes puede ser causa de extinción en los contratos de distribución, debido a la relación de confianza entre sus contratantes. Con todo, es destacable la excepción de aquellos pactos concertados en virtud de condiciones particulares que poseen algunas personas jurídicas o grandes firmas (*intuitu instrumentii o firmae*) en la medida que no se requiere de las condiciones personales de uno de los contratantes para desempeñar la comercialización de bienes en las condiciones expuestas del art. 1161CC<sup>851</sup>. Ante la variación de los sujetos intervinientes en los contratos de distribución se han planteado las siguientes hipótesis:

- De un lado, una gran parte de la doctrina considera que la desaparición sobrevenida del sustrato personal de cualquiera de las partes del contrato podría considerarse como una justa causa de extinción del contrato. Asimismo, las normas que regulan otros contratos de colaboración parecen minimizar la importancia de la desaparición del proveedor si se produce la continuidad de la actividad empresarial dejándola en manos del sucesor<sup>852</sup>.

---

<sup>851</sup> En este sentido, debe distinguirse entre las relaciones distributivas celebradas con personas físicas atendiendo a las condiciones personales del agente o distribuidor (*intuitu personae*) o de aquellos que se han perfeccionado con personas jurídicas y grandes firmas (*intuitu instrumentii*) en la medida que un equipo de profesionales puede continuar con la comercialización de bienes y servicios independientemente de la presencia física de su titular si la política de empresa está bien definida.

<sup>852</sup> Siguiendo a TAPIA SÁNCHEZ, M.R., “La extinción de los contratos de distribución y agencia como presupuesto de la indemnización por clientela”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Dir.), *Los contratos de distribución*, Editorial La LEY, 1ª Ed., Madrid, 2010, p. 635.

- Por el contrario, dichas disposiciones (en particular, el art. 27 LCA) establecen la extinción automática cuando esta circunstancia afecta al agente comercial<sup>853</sup>.
- Para otros autores, cuya opinión me parece compartible, cuando se trate de contratos de distribución celebrados entre un cabeza de red y una sociedad o firma, también se considerará aceptable el cambio de titularidad del socio en aras de proceder a la continuación del negocio jurídico. Por lo que, de producirse un cambio imprevisible de alguno de los sujetos intervinientes en el contrato, no parece razonable que la alteración inesperada o imprevisible de uno de los contratantes deba ser una causa de extinción automática del contrato de distribución si no afecta a la ejecución<sup>854</sup>. Quizás la única excepción destacable sería el contrato de franquicia, que debido a su singular transmisión del saber-hacer (*know how*), requiere de un mayor nivel de implicación entre las partes<sup>855</sup>. Un pronunciamiento jurisprudencial de estas características se ha producido en el Derecho francés, con la *Sentencia de la Cour de Cassation (Cass. Com. Cassation de 3 juin 2008, n° pourvoi: 06-18007)*<sup>856</sup>.

---

<sup>853</sup> En relación con este supuesto, el art. 27 LCA: “*El contrato de agencia se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del agente. No se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del empresario, aunque puedan denunciarlo sus sucesores en la empresa con el preaviso que proceda*”.

<sup>854</sup> Parece lógico que, dada la naturaleza *intuitu personae* de los contratos de distribución, el cambio de titularidad del agente, distribuidor o franquiciado pueda ser considerada como causa de extinción automática del contrato. Sin embargo, cuando el agente, distribuidor o franquiciado forme parte de una sociedad o firma y éste resulte adecuado para el ejercicio de la actividad se podría, en mi opinión, proceder a dar continuidad sin necesidad de poner fin al contrato. Serían necesarios dos requisitos: que los sucesores de la empresa del empresario desaparecido sigan cumpliendo con las prestaciones contraídas en el contrato y que el franquiciador, proveedor o concedente estén de acuerdo. Como ya se ha advertido, se profundizará sobre esta cuestión con mayor grado de detalle en el capítulo siguiente.

En lo que respecta al contrato de agencia, respecto de la declaración de fallecimiento del agente comercial, es de la misma opinión LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 1998, p. 405.

Por el contrario, esta opinión no es compartida por Tapia Sánchez, considerando que la declaración de fallecimiento como supuesto asimilable al art. 27 LCA, cuya consecuencia es la extinción automática del contrato. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Op. cit.* 2010, pp.638 y ss.

<sup>855</sup> Es cuestión debatida la naturaleza *intuitu personae* de los contratos de franquicia. Debido a las singularidades de esta modalidad contractual, en la que el franquiciador confía el éxito de su firma al franquiciado, la cualidad de ambas partes se considera esencial. Por lo que se entiende que el carácter *intuitu personae* es bilateral. Siguiendo a MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la Distribution*, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2015, p. 72

<sup>856</sup> En la resolución jurisprudencial (*Cass. Com. 3 juin 2008, n° pourvoi: 06-18007*) se produce un cambio de titularidad en el franquiciador, pero la cesión del contrato –a diferencia de nuestro ámbito de estudio– no se produce en un contexto de alteración sobrevenida de circunstancias. Lo realmente significativo de este supuesto es que se pone de manifiesto la cualidad del franquiciador como requisito para la perfección del

- Por lo demás, las partes han podido prever en el contrato las consecuencias del fallecimiento, del establecimiento de medidas de apoyo a la capacidad jurídica de una de las partes<sup>857</sup> o, en caso de declaración de concurso, habrá que estar a lo previsto en los arts 156 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC)<sup>858</sup>, no permitiendo la extinción del contrato por la sola causa de la declaración en el concurso de cualquiera de las partes.

La incidencia del *intuitu* es evidente en el caso de que se produzca una cesión del contrato de distribución. Obviamente, si se produce la cesión de titularidad de una de las partes en esta tipología concreta de contratos, será necesario que la otra parte otorgue su consentimiento para continuar con su ejecución, tal y como se desprende de los contratos de colaboración<sup>859</sup>.

Por su parte, los textos que han tratado de regular los contratos de distribución en nuestro ordenamiento jurídico, tampoco se han inclinado por la misma posición. De hecho, se aborda la cesión del contrato de distribución de manera bien distinta. De un lado, el Proyecto de Ley de los contratos de distribución de 2011, (PLCD) requiere el consentimiento de ambas partes para proceder a la cesión total o parcial del negocio. De otro, el art. 543-13 de la Propuesta de Código Mercantil (PCM, 2013) tan sólo refleja el consentimiento del proveedor en el supuesto que el distribuidor se dispusiera a ceder el contrato<sup>860</sup>.

---

contrato. Y, en el caso de producirse una fusión o absorción de la firma matriz, debe darse traslado al franquiciado para que decida si desea continuar con la ejecución del contrato.

<sup>857</sup> Para profundizar, se expondrá en el capítulo siguiente un epígrafe relativo a las causas extinción de los contratos de distribución, atendiendo a la terminación del contrato por fallecimiento de uno de los contratantes, particularmente, el distribuidor, o bien, por la anteriormente denominada modificación judicial de la capacidad de uno de los contratantes (actualmente modificado por la Ley 8/2021) entre otros supuestos.

<sup>858</sup> El citado precepto establece (art. 156 TRLC) que la declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

<sup>859</sup> De no producirse la aprobación del cambio de titularidad por el otro contratante, dicha parte podrá poner fin al contrato al carecer de la confianza necesaria que requieren los contratos de colaboración. En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, en RUIZ PERIS, J.I., *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Editorial lo Blanch, Valencia, 2009, p. 14.

<sup>860</sup> El citado artículo 543-13 PCM (2013) establecía: “*Sin el consentimiento del proveedor, el distribuidor no podrá ceder, total o parcialmente, el contrato ni designar subcontratistas para llevar a cabo la distribución*”. Asimismo, añade: “*El distribuidor podrá nombrar, sin embargo, agentes u otro tipo de*

En virtud de todo lo anterior, lo más representativo en los supuestos descritos de las partes distributivas es que no se ajustan a los requisitos que exige la alteración sobrevenida de circunstancias enunciada en los epígrafes anteriores. Y, por tal motivo, tampoco resulta exigible la revisión del contrato por tales razones. De hecho, se trata de otra posible causa de extinción –que analizaremos en el capítulo siguiente- y que está relacionada con la confianza entre las partes propia de los contratos de colaboración. Así, se trata de un supuesto que los contratantes han debido prever y, de no haberlo hecho, es algo que sólo a ellos se les puede imputar<sup>861</sup>. El margen de anticipación implica la existencia de un riesgo previsible para las partes mediante la incorporación de determinadas cláusulas contractuales que permitirán su conservación; máxime si se trata de empresarios profesionales con voluntad de mantener las relaciones distributivas.

## 2. Objeto del contrato de distribución

En segundo término, los contratos de distribución tienen por objeto el suministro específico de determinados bienes y productos<sup>862</sup>. No obstante, la fluctuación de precios, el racionamiento y/o escasez de las materias primas, el costo de producción de las mercancías para comercializar y supuestos de crisis económica, sanitaria y social como la COVID-19 pueden provocar la frustración del contrato, dada la imposibilidad<sup>863</sup> material<sup>864</sup> de su cumplimiento. O, por el contrario, la dificultad de cumplimiento de las

---

*colaboradores, que no tendrán vínculo alguno con el proveedor salvo que en el contrato de distribución se hubiere establecido lo contrario”.*

<sup>861</sup> En virtud del *principio pacta sunt servanda*, del que se desprende la fidelidad incondicional al contrato, las partes han podido prever tales circunstancias que podían afectar a la ejecución del contrato.

<sup>862</sup> Siguiendo a la APDC el artículo 5101-1 Capítulo I Título X de los contratos de distribución (relativa al ámbito de aplicación del contrato de distribución) de la Propuesta del Código Civil (Libro V), define el concepto de los contratos de distribución. Dicha disposición establece el contenido del contrato, diferenciando al distribuidor, que está obligado a comercializar por su cuenta y riesgo los bienes y servicios del proveedor, dentro de una relación contractual duradera y estable. Para ampliar, véase <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/Propuesta%20Libros%20may%202016.pdf> (Consultado el 08.09.2016).

<sup>863</sup> Es unánime en la doctrina la idea de que la imposibilidad no consiste en una mera dificultad para llevar a cabo la conducta debida. Conviene recordar que el tratamiento jurídico de la imposibilidad material respecto de la mera dificultad es distinto en la medida que en el primer caso no podrán cumplirse las prestaciones contraídas en los términos acordados. En este supuesto, la parte perjudicada no deberá extinguir el contrato sino solicitar su revisión por alteración de las circunstancias. Por todos, DE PABLO CONTRERAS, P., “Capítulo 5: Incumplimiento de obligaciones y responsabilidad contractual”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (Coord.), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.A., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, 3ª Ed., Madrid, 2011, p. 194.

<sup>864</sup> Como indica Sánchez Lorenzo se entiende por imposibilidad material del cumplimiento del objeto del contrato a todos aquellos supuestos que impiden al deudor el cumplimiento de la obligación pactada con

prestaciones acordadas. De hecho, es destacable que, en estos casos, el problema puede hacerse especialmente acuciante para las partes hasta el punto de no poder resolverse con la regla de la fidelidad al contrato<sup>865</sup>. A modo de ilustración, cabe traer a colación el caso que se produjo con la empresa Coca Cola en Venezuela, en el que la multinacional de refrescos de cola tuvo que suspender la producción de algunos bienes ante la escasez de azúcar en el país<sup>866</sup>.

### 3. Principio de interés común en los contratos de colaboración

Cuando las circunstancias han variado de forma inesperada respecto del momento de la celebración del contrato, las partes adaptarán las conductas que mejor se ajusten a sus intereses incluyendo, entre las diferentes opciones, la terminación del contrato.

No obstante, al hilo de lo manifestado, la extinción del contrato no es la posibilidad que, a priori, goce de viabilidad, dado el interés propio de las partes al concluir un contrato de colaboración cuya finalidad no es otra que la de obtener beneficios desde la fecha de inicio hasta la finalmente designada por los conratantes. En este sentido, parece razonable afirmar que la terminación no debería figurar entre las prioridades de las partes por razones como el temor del distribuidor a la pérdida de las inversiones realizadas<sup>867</sup> y la vocación de estabilidad del proveedor para mantener su reputación y credibilidad empresarial. Ambos supuestos son, sin duda, argumentos jurídicos suficientes para conservar la relación distributiva.

---

independencia de su voluntad de cumplir. El autor identifica tres imposibilidades materiales para llevar a cabo la prestación pactada, que son, la imposibilidad física, legal y personal. Para ampliar, SÁNCHEZ LORENZO, S., “La frustración del contrato”, *Derecho contractual comparado, Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2009, pp. 667 y ss.

<sup>865</sup> Así lo expone DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, 6º Edición, Thomson Civitas, 2008, Navarra, p. 1056.

<sup>866</sup> Me ocupo de este supuesto en el epígrafe relativo a las cláusulas de excesiva onerosidad o de *hardship*.

<sup>867</sup> En aras de permanecer en el contrato es probable que las partes hayan asumido unas condiciones de variabilidad normal respecto de las existentes al tiempo de su celebración. Con todo, ante el cambio sobrevenido de circunstancias que hagan especialmente onerosa la ejecución del contrato para el obligado, resultará de utilidad que las partes hayan introducido una cláusula más detallada. Por todos, ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado, Obligaciones y Contratos I*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 237.

En lo que respecta a las inversiones realizadas por el distribuidor, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 285, 2012, pp. 95-136.

Como es sabido, los contratos de distribución se caracterizan por ser modalidades contractuales de colaboración, si bien, el incentivo al comportamiento cooperativo de los contratantes es difícilmente controlable más allá de la conservación y revalorización de su cadena de distribución<sup>868</sup>. Con todo, la colaboración entre las partes resulta especialmente aconsejable si se trata de contratos de distribución multilaterales que forman parte de una red<sup>869</sup>. En estos supuestos el nivel de vinculación contractual es mayor que el de otras modalidades semejantes<sup>870</sup> porque existe un interés común que es consecuencia de los intereses particulares<sup>871</sup>. De este modo, cualquier decisión del cabeza de red influirá en el resto de los distribuidores si éste decidiera modificar los términos del contrato o proceder a su extinción ante una alteración sobrevenida de circunstancias. Por tal motivo, resulta recomendable una conducta cuidadosa por parte del cabeza de red para evitar conductas discriminatorias.

En definitiva, la cooperación para la modificación o conservación de los contratos de distribución ante un cambio de circunstancias es una cuestión sobre la que no resulta fácil posicionarse de un modo absoluto. Obviamente, la adaptación y revisión de los términos del contrato debe realizarse tanto conforme a los criterios de equidad –como se ha advertido– como a la buena fe, de mutuo acuerdo y sin abuso de la situación de dependencia de la contraparte<sup>872</sup>.

Sin embargo, tampoco resulta infrecuente que ante un cambio sobrevenido de circunstancias una de las partes pueda adoptar comportamientos oportunistas para

---

<sup>868</sup> Siguiendo a GÓMEZ POMAR, F., “Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Dirs.), *Los contratos de distribución*, Editorial La LEY, 1ª Ed., Madrid, 2010, p. 254.

<sup>869</sup> De nuevo, en lo relativo al concepto de red empresarial, siguiendo a RUIS PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, en RUIS PERIS, J.I., *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Editorial lo Blanch, Valencia, 2009, p. 9.

<sup>870</sup> En otras modalidades contractuales, como en el caso de los contratos de agencia, el agente comercial no asume el riesgo que debe afrontar el distribuidor, que actúa como empresario independiente. La relevancia del grado de cooperación entre las partes reside en el hecho de la toma de decisiones, pues la decisión de uno de los contratantes puede afectar al resto de empresarios de la red de distribución.

<sup>871</sup> Aunque cada parte –proveedor y distribuidor– conserven su interés individual, “la correcta satisfacción de estos intereses individuales requieren la satisfacción del interés del otro”. Siguiendo a MORALES MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Aranzadi, 2007, pp. 116 y ss.

<sup>872</sup> La Propuesta de Código Civil (PCC, 2016) elaborada por la APDC se hace referencia a la modificación de los contratos de distribución en el (art. 5102-6). Para ampliar, véase:

<http://www.derechocivil.net/esp/pdf/Propuesta%20Libros%20may%202016.pdf>  
(Consultado el 08.09.2016)

optimizar sus beneficios aprovechándose del contexto gravoso de su contraparte. En este sentido, la parte beneficiada soporta la inexecución de las prestaciones de la contraparte perjudicada y, a posteriori, solicita la resolución del contrato por incumplimiento además de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Se trataría de un supuesto típico de extinción contractual por incumplimiento, excepto que se ve influenciado por un cambio de circunstancias.

Ante el supuesto expuesto, la parte beneficiada, al tratarse de contratos con obligaciones sinalagmáticas, podría adoptar tres posiciones distintas<sup>873</sup>:

- 1) no ejecutar las prestaciones acordadas en el contrato
- 2) iniciar conversaciones con la parte afectada por la alteración sobrevenida de circunstancias e intentar el reajuste de los términos establecidos
- 3) no realizar las prestaciones acordadas en el contrato solicitando su terminación al tiempo que alega el incumplimiento anticipado, que es una de las hipótesis a la que ya me he referido como comportamiento oportunista.

Otra opción derivada del supuesto anterior sucede cuando la contraparte del contratante perjudicado por el cambio de circunstancias decide no modificar las condiciones del contrato, pero desiste del contrato de distribución respetando un periodo de preaviso. En este caso, la parte que desiste no lo hace abusando de su posición privilegiada puesto que respeta el plazo convenido de preaviso al tiempo que mantiene el beneficio económico<sup>874</sup> al evitar un litigio con su contraparte. Además, esta conducta facilitará, sin duda, unas buenas relaciones con la parte perjudicada permitiéndole una futura readmisión en la red de distribución. Sin embargo, el contratante perjudicado no recibirá de buen grado la

---

<sup>873</sup> Las partes pueden enfrentarse a un cambio de circunstancias habiendo previsto una cláusula de estabilización que permita la modificación del contrato debiendo reaccionar ante un cambio sobrevenido no previsto.

<sup>874</sup> Los beneficios económicos se fundamentarían en dos razonamientos posibles:  
-como se advierte, se evitará el coste económico derivado de un litigio.  
-pero además, se permite a la parte beneficiada continuar con la comercialización de sus productos de manera continuada. Especialmente si se trata de contratos de distribución exclusiva para los que se requiere de un único distribuidor encargado de comercializar los bienes y servicios de un proveedor en un área geográfica determinada.

decisión del proveedor si no pudo amortizar las inversiones realizadas; en cuyo caso, solicitará la indemnización por daños y perjuicios<sup>875</sup>.

Finalmente, la pregunta más importante en este punto es la determinar si, en virtud del principio de cooperación, las partes deben proceder necesariamente a la revisión del contrato ante una alteración de circunstancias beneficie excesivamente a una de las partes al tiempo que perjudica a su contraparte.

-En mi opinión, en el principio de cooperación mutua de las relaciones distributivas está integrado además el deber de buena fe (art. 1258CC y 57 CCom) que debe presidir la conducta de los contratantes resultando imprescindible la revisión del acuerdo ante el supuesto de hechos imprevisibles como, por ejemplo, una grave crisis económica causada como consecuencia de una pandemia mundial como la Covid-19<sup>876</sup>. Además, si una de las partes impidiera la modificación del contrato ante el incremento inesperado del beneficio a su favor, estaría negando la protección social que la doctrina *rebus sic stantibus* pretende garantizar al deudor perjudicado.

-Sin embargo, partiendo desde un escenario opuesto, la *rebus* parece no contemplar el incremento inesperado y excesivo del beneficio de una parte ante un cambio de circunstancias sobrevenido<sup>877</sup> que, considero, debería verse integrado por el principio de cooperación mutua que caracteriza a las relaciones distributivas. Y, a mayor

---

<sup>875</sup> En este supuesto el distribuidor podrá solicitar la aplicación analógica del artículo 29 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia para la extinción anticipada de los contratos de distribución que establece: “Sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato”. En opinión de Salvador Coderch, la indemnización de daños y perjuicios obliga al principal que denuncia unilateralmente el contrato de duración indefinida a compensar al agente por los daños y perjuicios ocasionados debido a la extinción anticipada del contrato. Para ampliar, SALVADOR CODERCH, P., “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2009, p.12.

<sup>876</sup> Como se ha advertido en los antecedentes del presente capítulo no nos parece relevante detenerse a debatir si la pandemia COVID-19 ha sido un hecho previsible pero inevitable o evitable pero imprevisible, dadas las dimensiones globales que ha adquirido. Con todo, parece conveniente señalar que, una vez producida una crisis de tal calado sanitario, económico y social, los contratos celebrados postpandemia deberán prever en su clausulado cuál será la conducta de las partes ante un hecho imprevisible que suponga una alteración sobrevenida de las circunstancias. Lo que, a su vez, evitará posibles litigios e impedirá a un tercero la necesidad de adaptar el contenido obligacional mediante la aplicación de la *rebus*. En definitiva, las partes se habrán anticipado a tal cuestión incorporando dicha cláusula en el contrato.

<sup>877</sup> Como acertadamente lo expone PARRA LUCÁN, M.Á., “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre 2015, p. 27.

abundamiento, como consecuencia del aprendizaje experimentado durante el COVID, nada impide que las partes incluyan expresamente en los contratos postpandemia el contenido obligacional al que deberán someterse en caso de producirse otro hecho sobrevenido e imprevisible que hagan su cumplimiento especialmente gravoso. Ya sea introduciendo la posibilidad de revisar el contrato, o incluso de resolverlo siguiendo el modelo inspirado en el art. 1213 de la PMCC. De lo contrario, podría incluso plantearse si la parte no perjudicada está incurriendo en un supuesto de enriquecimiento injusto.

#### 4. Contratos duraderos y de tracto sucesivo

La inesperada alteración de las circunstancias previstas en el marco de las obligaciones contractuales se da especialmente en los contratos duraderos y/o de tracto sucesivo<sup>878</sup>. Es razonable que determinados factores no previstos por las partes en la celebración del contrato puedan surgir después de su perfección.

-Por tal motivo, en cualquier contrato de tracto sucesivo, es conveniente que las partes delimiten cualquier riesgo o acontecimiento inesperado que pueda concurrir entre el momento de la celebración y de su cumplimiento, y que ponga en peligro su ejecución. En aras de conservar los contratos, los empresarios del sector de la distribución suelen anticiparse a los riesgos que afectan a la comercialización de sus productos mediante la inclusión de cláusulas de *hardship*<sup>879</sup>, que permitirán la renegociación de las cláusulas del pacto. La finalidad de estas cláusulas no es otra que hacer frente a acontecimientos imprevistos que afectan, por ejemplo, a las fluctuaciones económicas, al precio de barril del petróleo o del coste de algunas

---

<sup>878</sup> La alteración sobrevenida de circunstancias puede también plantearse en los contratos de ejecución instantánea, cuando el acontecimiento inesperado transcurre entre el momento de celebración del contrato y el del cumplimiento. En estos sentidos, Por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Op. cit.*, Madrid, 2011, p.468 y PARRA LUCÁN, M.Á., *Op. cit.*, Barcelona, Octubre 2015, p.4. No obstante, en los contratos de tracto único -a diferencia de los contratos de tracto sucesivo- el riesgo sobrevenido lo sufrirá la parte en la que cae el riesgo. Para ampliar, CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 1029 y ss.

<sup>879</sup> Las cláusulas de *hardship* resultan un mecanismo de adaptación del contrato, creado por los usos y las costumbres en el comercio a nivel internacional cuya finalidad consiste tanto en prever las circunstancias necesarias para que el contrato se mantenga a lo largo del tiempo, sin que los cambios repentinos y no previstos en las condiciones iniciales del contrato lleguen a afectarlo. Como en la renegociación del contrato aun cuando este se encuentra en etapa de ejecución. Para ampliar, CASTRO, A.M. y ZAPATA, A.C., “Las cláusulas de *hardship* en los contratos internacionales”, *Revista Mercatoria*, Volumen 4, Número 2 (2005), p. 1.

materias primas. Todos estos elementos influirán, sin duda, en la fijación del precio final de la mercancía por parte del proveedor.

De este modo, la anticipación a los posibles riesgos descritos con anterioridad supondría una garantía de continuación de la relación distributiva en el caso de producirse un cambio de circunstancias ante pactos de carácter duradero. De hecho, las cláusulas de estabilización o *hardship*<sup>880</sup> regulan la incidencia en el cumplimiento del contrato de los acontecimientos imprevistos y evitan, en la medida de lo posible, un cumplimiento más gravoso de lo que razonablemente se podía esperar para la contraparte.

-Por el contrario, quedarán fuera del área de protección del contrato aquellos riesgos sobrevenidos por circunstancias del todo inesperadas que impidan cumplir las prestaciones establecidas o bien, frustren en sí mismos el fin del contrato. Ante un supuesto de imposibilidad de cumplimiento del contrato -bien por la variabilidad de sus bases, por la desaparición de su objeto o por la frustración de su finalidad como consecuencia de la alteración sobrevenida de circunstancias- quedaría justificada tanto la terminación del contrato como la revisión de sus términos para la modificación de su contenido<sup>881</sup>. Incluso si las partes no lo hubieran previsto expresamente. A modo ilustrativo, parece evidente que, entre los posibles riesgos previsibles por los profesionales del sector distributivo no cabía incluir una pandemia internacional como la Covid-19 que ha generado tantos daños económicos y de tal gravedad en la comercialización de bienes y servicios. Con todo, este supuesto será objeto de valoración y análisis en las páginas siguientes del presente capítulo.

Por otra parte, es más frecuente que una alteración de circunstancias dificulte el cumplimiento de los contratos de larga duración frente a los pactos de tracto único, toda vez que la vinculación contractual en el tiempo puede incrementar el riesgo para los contratantes. La incertidumbre que afecta a los contratos de larga duración ha sido objeto

---

<sup>880</sup> Siguiendo a SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (Coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales, Redacción y análisis*, Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2012, pp. 426-427.

<sup>881</sup> ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado, Obligaciones y Contratos I*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 235 y ss.

de análisis por la doctrina que, en lo relativo a las relaciones distributivas, tiene dos opiniones distintas acerca de la conveniencia de prolongar la vigencia de los contratos y, en consecuencia, la posible aparición de hechos sobrevenidos e imprevisibles.

-La primera visión defiende que, ante determinadas modalidades contractuales de distribución, las partes pacten contratos de un año de duración. El motivo reside en la mutua conveniencia de las partes para liberarse de un contrato que no responde a los fines perseguidos<sup>882</sup>.

-En contraposición a la primera, otra corriente doctrinal sostiene, acertadamente en mi opinión, que la negociación de los contratos de distribución de larga duración debe plantearse para periodos superiores al año. De este modo, los distribuidores pueden amortizar las inversiones que han debido realizar para el ejercicio de la actividad comercial<sup>883</sup>. Aunque, como se ha advertido, este tipo de contratos duraderos también presentan inconvenientes que puede verse afectado por una posible alteración de circunstancias desde el momento de la celebración el contrato.

Como es sabido, la vulnerabilidad de las relaciones contractuales de larga duración no implica que las relaciones contractuales de duración inferior o corto término<sup>884</sup> estén exentas de alteraciones de circunstancias que amenacen el cumplimiento del contrato. De hecho, las relaciones distributivas de corta duración también pueden sufrir vaivenes económicos propios de las crisis monetarias o falta de abastecimiento de materias primas. Todos estos acontecimientos serán, a su vez, una posible causa de extinción del contrato.

---

<sup>882</sup> En opinión de GHERSI, C. A., *Contratos civiles y comerciales, Parte general y especial* (figuras contractuales modernas), Tomo 2, 2ª ed. Actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 82 y ss.

<sup>883</sup> Por todos, BEALE, H., HARRIS, D., SHARPE, Th., "The Distribution of Cars", en HARRIS D. and TALLON, D. (Ed.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Clarendon Paperbacks, OUP, Oxford, 1991 (reimpresión/reprinted), p. 310.

<sup>884</sup> En este sentido, la doctrina indica que lo habitual es que se trate de obligaciones de largo plazo o contratos de tracto sucesivo, lo que no impedirá que se trate únicamente de contratos creadores de obligaciones de tracto sucesivo o de relación obligatoria duradera. Para ampliar, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Modificación del contrato" en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (Coord.), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.Á., *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de obligaciones*, 3ª Ed. Colex, 2011, p. 468.

La particularidad de los contratos de distribución, aunque sean de duración determinada, es que son pactos a futuro. Lo que implica la necesidad de establecer un acuerdo duradero que en la práctica viene determinado por el poder de negociación del proveedor y del distribuidor que, como es sabido, no siempre se encuentran en una posición equilibrada. Tal asimetría entre las partes condiciona la vigencia del contrato en determinados supuestos, en la medida que las partes no optarán a la renegociación de los términos inicialmente pactados. Lo que supondrá la terminación de las relaciones distributivas. En este contexto, destacan tres escenarios posibles:

- 1) En primer lugar, la distribución contractual de riesgos variará si el proveedor es la parte fuerte del contrato. En este caso, serán frecuentes los contratos de distribución exclusiva entre un proveedor o franquiciador cabeza de red. Por ejemplo, los pactos diseñados por empresarios concedentes de automóviles, grandes empresas de refrescos, de restauración de comida rápida o determinadas firmas de estética para un distribuidor o franquiciado dispuesto a la comercialización de sus productos. En estos supuestos, las exigencias de negociación del distribuidor, motivadas por su interés de acceso a la red, serán menores.

Coetáneamente, el distribuidor o franquiciado será la parte débil que deberá afrontar el coste económico de la inversión requerida para la comercialización de los productos del proveedor. Una vez producida la inversión, es necesario el transcurso del tiempo para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, que dicha actividad le reporte beneficios económicos y, sobre todo, le permita amortizar las inversiones realizadas. En este contexto, la asunción contractual de riesgos es más gravosa para el distribuidor debido al desequilibrio del poder de negociación para con el proveedor. Por tal motivo, es infrecuente que las partes hayan delimitado aquellos riesgos previsibles que podrían provocar la extinción del contrato de producirse una alteración sobrevenida de circunstancias, con la salvedad de que éstos afecten al cumplimiento del proveedor.

No obstante, dicha situación variaría notablemente respecto de las relaciones contractuales de corta duración. En mi opinión, las partes no alcanzarían un pacto de distribución cortoplacista porque parece poco probable que el distribuidor decida concertar acuerdos que, a priori, le impidieren rentabilizar sus inversiones debiendo asumir, por el contrario, una serie de obligaciones para con el proveedor.

- 2) El segundo escenario posible surge cuando el proveedor, a diferencia del supuesto anterior, ocupa la parte débil de la negociación de los términos del contrato de distribución. Este es el caso de la comercialización de sus productos con las grandes superficies comerciales, cuyos centros han invertido el tradicional poder de negociación de los contratantes en el sector de la distribución<sup>885</sup>.

Por su parte, las grandes superficies, conocedoras de su éxito comercial, han aumentado el poder de negociación frente a su contraparte que, dispuesta a acceder a nuevas fórmulas de mercado que les permitiera atraer a una clientela renovada en escenarios comerciales alternativos, acepta condiciones económicas menos ventajosas. En este contexto, la distribución de riesgos dependerá además de factores puramente estructurales; como el prestigio o buen funcionamiento del centro comercial, o el de otros elementos coyunturales –e incluso, aleatorios- que podrían afectar de manera inesperada al cumplimiento de las obligaciones recogidas en el contrato.

- 3) Por último, el tercer escenario se produce cuando ambas partes, proveedor y distribuidor, tienen la capacidad de negociar en igualdad de condiciones. Este es

---

<sup>885</sup> La finalidad de poner al alcance del consumidor final la mayoría de los productos existentes en el mercado incrementó el interés de los proveedores de comercializar sus bienes y servicios a través de los centros o grandes superficies. El origen de estos macro centros comerciales para la venta de bienes y servicios en Europa es consecuencia de la importación de los *malls* o grandes almacenes estadounidenses. La puesta en marcha de estos centros para el suministro de productos y oferentes de ocio supuso una auténtica revolución en el sector de la distribución y logística siendo, a su vez, ha sido la base de la economía de consumo durante la segunda mitad del siglo XX. A día de hoy, la concentración e incremento de centros comerciales en las periferias de las ciudades es una reproducción del modelo de la sociedad de consumo en los entornos urbanos.

el caso de un proveedor fuerte –esto es, una marca renombrada<sup>886</sup> o notoria<sup>887</sup>- que negocia con una gran superficie en calidad de distribuidor. En este supuesto existe un equilibrio en el poder de negociación entre los contratantes para la determinación del contenido de los contratos de distribución. No es infrecuente que la mayor parte de estos casos se trate de contratos de distribución selectiva, dedicados al suministro de bienes o productos de lujo que compiten entre sí además de perseguir un alto grado de calidad o de reconocimiento comercial<sup>888</sup> en grandes almacenes, como son las joyas o cosméticos.

En virtud de lo anterior, es probable que las partes con un poder de negociación equilibrado opten por la revisión del contrato en detrimento de su terminación, máxime si se trata de relaciones distributivas duraderas. Así, los contratantes deberán cumplir con las prestaciones adaptadas al cambio de circunstancias sobrevenido, pudiendo evitar la extinción del contrato.

Independientemente de los tres escenarios expuestos, resulta difícil afirmar que los contratantes puedan prever minuciosamente todas las circunstancias posibles que se den durante la ejecución del contrato duradero. En este sentido, independientemente del debate que se ha iniciado acerca de la evitabilidad o imprevisibilidad de cualquier hecho sobrevenido, la propagación de una pandemia internacional de la gravedad de la Covid-19 durante más de año y medio y las consecuencias económicas para muchos de los empresarios sector distributivo, ha resultado un hecho fuera de todo pronóstico por las partes cuyas consecuencias afectará al contenido obligacional del contrato.

---

<sup>886</sup> Según dispone el artículo 8.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, (en adelante, Ley de Marcas) se entiende por marca notoria a la *“marca o nombre comercial notorios los que, por su volumen de ventas, duración, intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial”*. La Ley de Marcas fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 294, de 8 de diciembre de 2001, pp. 45579 y ss.

<sup>887</sup> El apartado 3 del citado artículo 8 de la Ley de Marcas, define el concepto de marca renombrada, que se produce en el siguiente supuesto: *“Cuando la marca o nombre comercial sean conocidos por el público en general, se considerará que los mismos son renombrados y el alcance de la protección se extenderá a cualquier género de productos, servicios o actividades”*.

<sup>888</sup> Para profundizar sobre las clases de contratos de distribución, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., *“Aspectos generales del contrato de distribución y de distribución en exclusiva”*, en FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Contratos de agencia, distribución y franquicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 138 y ss.

Dicho lo anterior, es destacable que los contratos duraderos pueden dejar de concretar algunos de sus elementos más importantes, lo que les convierte en contratos incompletos. En este sentido, los contratos de distribución, con independencia de sus distintas modalidades, son un buen ejemplo de contratos duraderos incompletos. No sólo por su naturaleza relacional basada en la confianza sino también porque el intercambio de información precontractual es insuficiente para contemplar todas las contingencias posibles que puedan suscitarse durante su ejecución<sup>889</sup>. Esta apreciación resulta de utilidad para el tema que nos ocupa porque las partes podrán incorporar determinados elementos del contrato a lo largo de la relación que evitarán, en la medida de lo posible, que el cumplimiento de las contraprestaciones establecidas en el contrato sea excesivamente gravoso para una de las partes como consecuencia de una alteración de circunstancias.

La introducción progresiva de algunos aspectos en el contrato es típica de los contratos relacionales (*relational contracts*)<sup>890</sup>, cuyos acuerdos contribuyen a soslayar las posibles dificultades derivadas de la excesiva onerosidad que pueda sufrir uno de los contratantes además de impedir la frustración del contrato<sup>891</sup>. De hecho, la mayor parte de los contratantes en el sector de la distribución, cuyas

---

<sup>889</sup> GÓMEZ POMAR, F., “Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Dir.) *Los contratos de distribución*, Editorial La LEY, 1ª Ed., Madrid, 2010, pp. 255 y ss.

<sup>890</sup> Los contratos de distribución son acuerdos duraderos relacionales, que por su naturaleza, todos sus aspectos no pueden ser completamente detallados en el momento de la celebración. Para profundizar, EMERSON, R.W. and PARNELL, J.A., “Franchise Hostages: Fast Food, God and Politics”, *Journal of Law and Politics*, Vol. XXIX 353, 2013-2014, p. 358. Los autores hacen también referencia a HADFIELD, G.K., “Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts”, *Stanford Law Review* n° 42, 1990, pp. 927, 946 y 953 y CRAWFORD SPENCER, E., *The Regulation of Franchising in the New Global Economy*, Ed. Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, 2010, pp. 84-87.

Entre nosotros, es de la misma opinión la APDC en la Propuesta del Código Civil, que ha introducido la regulación de los contratos de distribución.

<http://www.derechocivil.net/esp/pdf/Propuesta%20Libros%20may%202016.pdf>

(Consultado el 09.09.2016)

<sup>891</sup> Las partes pretenden garantizar el cumplimiento de las prestaciones acordadas en el contrato al tiempo de minimizar el riesgo que supone la determinación de los objetivos en el momento de la perfección de los contratos, en particular si se trata de contratos duraderos. Los elementos del contrato que quedarán sin fijar suelen tener una naturaleza variable, por lo que su previsión se ajustará a otros elementos coyunturales como el precio de su coste en el mercado –por ejemplo, del combustible- o el incremento o descenso de demanda de dichos productos en el mercado. En este sentido, la comanda entre dos empresas que han suscrito un contrato de distribución puede variar según las circunstancias.

relaciones son duraderas<sup>892</sup>, deciden no incluir en el contrato marco las cláusulas que reduzcan los beneficios, que incrementen los costes y todas aquellas condiciones cuyo cumplimiento o incumplimiento resulte difícil de comprobación para un juez o árbitro<sup>893</sup>.

Contemporáneamente, se está produciendo un fenómeno similar en otros Derechos de nuestro entorno jurídico, señaladamente en Francia, donde destacan dos cuestiones que pueden dejarse sin determinar en el momento de la negociación del contrato marco de distribución, especialmente si se trata de contratos de duración indefinida.

- a) La primera es la fijación del precio de los productos<sup>894</sup>, que no podrá ser designada unilateralmente por parte del proveedor<sup>895</sup>. En los contratos de distribución exclusiva es frecuente que las partes establezcan una *cláusula inglesa (clause anglais)*<sup>896</sup> que, en vez de establecer en el contrato el precio

---

<sup>892</sup> La casuística de los contratos duraderos no se plantea siempre en los mismos términos. Como señala John Bell, uno de los principales inconvenientes de los contratos de larga duración es que afecta únicamente a un área residual del Derecho. El autor aporta dos motivos fundamentales. El primero es que se trata de áreas del Derecho que son nóveles además de ser muy dinámicas, como es el caso del Derecho de las redes empresariales o franquicias. El segundo aspecto hace referencia a la existencia de una gran casuística que impide la organización propia de un régimen jurídico especial adecuado que englobe todos los posibles supuestos. En su opinión, los contratantes de las relaciones comerciales duraderas han demostrado saber adaptar el Derecho de contratos a sus necesidades, mediante la creación apropiada de regímenes de facto especializados sin la necesidad de la intervención del Estado. Para ampliar, BELL, J., “The effect of Changes of Circumstances on Long-term Contracts”, (English Report), *Contract Law Today*, Oxford University Press, Oxford, 1989, p. 197.

<sup>893</sup> Siguiendo a GÓMEZ POMAR, F., *Op. cit.*, Madrid, 2010, pp. 253 y ss.

<sup>894</sup> Conforme al anterior art. 1129 del *Code Civil* francés, el precio de venta del producto debe ser determinado o determinable en el momento de la formación del contrato. Sin embargo, tal y como se desprende de la evolución jurisprudencial francesa, es posible que los contratos marco de distribución no recojan un precio determinado o determinable durante su negociación. Siguiendo a MENDOZA-CAMINADE, A., *Droit de la distribution*, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2011, p. 124. Con todo, el art. 1129 del *Code Civil*, al igual que el resto del Derecho francés relativo a obligaciones y contratos, fue objeto de una modificación por la *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, pasando a ser el nuevo art. 1163 del *Code Civil* desde el 1 de octubre de 2016. La redacción del art. 1163 establece: “*L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire*».

<sup>895</sup> Anteriormente en el Derecho francés, la cláusula que permitía al proveedor la fijación del precio de venta de sus productos en el mercado, también denominada *tarif fournisseur*, obligaba al distribuidor estar a la libre voluntad de su contraparte. De este modo, el distribuidor no podía negociar un precio inferior, ni negarse al precio estipulado y, en los contratos de distribución exclusiva tampoco podía solicitar el suministro de otro proveedor porque incurriría en el incumplimiento de la cláusula de exclusividad geográfica.

<sup>896</sup> Se entiende por cláusula inglesa (*clause anglais*) a la disposición convenida en los acuerdos de distribución de marca única entre un proveedor y su distribuidor –principalmente, un minorista– que permite a este último adquirir un producto de otros proveedores en condiciones más favorables, a menos

de venta de un determinado bien, permitirá la futura estipulación del precio del producto, siempre y cuando no contravenga las disposiciones del Derecho de competencia<sup>897</sup>.

- b) En segundo lugar, los contratantes pueden evitar la introducción en el contrato de la información relativa a la venta del fondo de comercio o incluso, la posible cesión del contrato<sup>898</sup>.

La fijación indeterminada de los precios durante la negociación de los contratos de distribución es una característica compartida entre el Derecho francés y los ordenamientos jurídicos de origen anglosajón. Aunque en la esfera del *Common Law* los contratos regulan minuciosamente la mayor parte de los elementos que afectan al contenido obligacional, inclusive aquellos relacionados con un cambio de circunstancias. También existen otros elementos que permanecen indeterminados en el momento de la celebración del contrato como el pedido de productos solicitados por cada comanda, o el empleo de la tecnología en la producción de bienes y servicios<sup>899</sup>. La indeterminación de estos elementos contractuales dotará de flexibilidad al acuerdo<sup>900</sup> ante un posible escenario

---

que el proveedor «exclusivo» acepte suministrar el producto en las mismas condiciones ventajosas. Para estudiar la incidencia de esta cláusula en los contratos de distribución celebrados conforme al Derecho francés, MENDOZA-CAMINADE, A., *Op. cit.*, Paris, 2011, p. 124.

<sup>897</sup> Las cláusulas inglesas tienden a incrementar la transparencia entre los proveedores competidores además de facilitar las prácticas colusorias. Se producirá la colusión, cuando dichas cláusulas obliguen al distribuidor en un contrato de distribución exclusiva a revelar al proveedor el nombre del empresario que le suministra los bienes y servicios de forma alternativa. Por consiguiente, las partes podrán optar por las cláusulas inglesas atendiendo al caso concreto, con el fin de evaluar si son conformes con el Derecho de competencia. En este sentido, “Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea”, *Normas de defensa de la competencia y control de las concentraciones*, Comisión Europea, Dirección General de Competencia, Bruselas, Julio de 2002.

<sup>898</sup> Sobre la cesión del contrato de distribución me ocupo en el capítulo siguiente del presente trabajo de investigación.

<sup>899</sup> La producción de bienes y servicios requiere de la utilización de una tecnología acorde a las necesidades y exigencias del mercado. Por lo que aquellos contratos de distribución –principalmente duraderos- cuyos objetos sean soportes informáticos o material tecnológico no podrán determinarse con exactitud en el momento de su celebración. Siguiendo a BELL, J., “The Effect of Changes in Circumstances on Long-Term Contracts”, en HARRIS D. and TALLON, D. (Ed.), *Anglo-French Comparisons, Clarendon Paperbacks*, OUP, Oxford, 1991 (reimpresión/reprinted), p. 206. Respecto a los contratos de franquicia, ADAMS, J., PRITCHARD JONES, K.V., *Franchising*, 1991, mencionado por BELL, J., *Op.cit.*, OUP, 1991, p. 206.

<sup>900</sup> En los contratos de distribución es necesaria cierta flexibilidad para que las partes puedan pactar futuras condiciones una vez realizada la perfección del contrato. La manera de asegurar esta flexibilidad en los contratos de distribución es mediante el poder que se otorga al proveedor respecto a la alteración de contraprestaciones que debe cumplir el distribuidor. Lo habitual es que este poder de alteración quede reflejado en las cláusulas del contrato de distribución. No obstante, en el Derecho inglés, se reconoce

desfavorable para las partes derivado de un cambio de circunstancias. Lo que permitirá garantizar, en la mayor parte de los supuestos, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato.

#### **IV. Fundamentos jurídicos ante el cambio sobrevenido de circunstancias en los contratos de distribución**

Una vez delimitados el concepto de la alteración sobrevenida de circunstancias y los supuestos que pueden afectar a dichos cambios, se va a profundizar en los distintos escenarios posibles surgidos ante determinados hechos imprevisibles; considerando hasta qué punto éstos podrán condicionar la terminación o modificación de las prestaciones del contrato.

Ante una modificación sobrevenida de circunstancias, los contratantes podrán encontrarse ante tres posibles escenarios bien diferenciados:

- a) En el primero, las partes deberán respetar la normativa y demás disposiciones jurídicas que contemplen la modificación de la relación contractual y el restablecimiento del equilibrio de las prestaciones como consecuencia de la mutación sobrevenida de las circunstancias pactadas; o bien, proceder a la terminación del contrato.
- b) En segundo término, en defecto de normativa aplicable, se requerirá una solución contractual convenida por las partes en el contrato. De este modo, los contratantes han podido incorporar al texto del negocio jurídico condiciones suspensivas o resolutorias para afrontar la modificación sobrevenida de circunstancias que permitan la revisión o extinción del contrato.
- c) Finalmente, en defecto de las dos opciones anteriores, si las partes no han previsto una cláusula que habilite la modificación o terminación del contrato, cabe plantearse tanto la exigencia de la negociación del contrato una vez sobrevenido

---

implícitamente al proveedor el poder de alteración de las contraprestaciones que debe asumir el distribuidor en los contratos de distribución. Para ampliar, BEALE, H., HARRIS, D., SHARPE, Th., "The Distribution of Cars", en HARRIS D. and TALLON, D. (Ed.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Clarendon Paperbacks, OUP, Oxford, 1991 (reimpresión/reprinted), pp. 310 y ss.

el cambio no previsto como remedio extrajudicial como, alternativamente, la posibilidad de acudir a los tribunales en caso de conflicto subsistente.

En cualquiera de los escenarios previstos, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* se plantea como solución para la continuidad de las relaciones distributivas. Si bien, acudir a la *rebus* debería resultar el último recurso<sup>901</sup> al tratarse de una medida alternativa al remedio contractual y legal. De hecho, no parece apropiado atribuir a nuestros tribunales la solución de un problema general cuando corresponde a las partes anticiparse al remedio judicial ante crisis de distinto origen, pero con efectos semejantes. Máxime cuando éstas han experimentado hechos de tal magnitud como la pandemia que, sin duda, han puesto en duda la continuidad del contrato.

### 1. Previsión legal de la modificación sobrevenida de circunstancias

El primero de los escenarios expuestos plantea la regulación de uno de los problemas que más ha condicionado recientemente la continuidad y vigencia de un contrato. De hecho, a falta de una normativa legal que solucione la controversia planteada ante la modificación sobrevenida de circunstancias, y de una solución contractual que prevea tal supuesto, han ido surgiendo distintas teorías elaboradas por la doctrina que tratan de resolver este vacío legal que plantea a los contratantes dos opciones opuestas: la revisión de los términos del contrato<sup>902</sup>, o, por el contrario, su extinción.

En línea con lo anterior, la modificación del contrato por la alteración de circunstancias sobrevenidas será posible si así lo dispone la ley o lo han convenido las partes. En el Derecho español, nuestro Código Civil no incluye ninguna disposición general sobre la revisión o extinción del contrato por alteración sobrevenida de circunstancias<sup>903</sup>. Al menos, no regula de manera explícita, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos

---

<sup>901</sup> En este sentido, GÓMEZ LIGUERRE, C., *Op. cit.*, 2020, p. 10.

<sup>902</sup> La revisión de los términos del contrato supone la modificación de las prestaciones contraídas por las partes y el restablecimiento del equilibrio de las mismas como consecuencia de diferentes hechos sobrevenidos no previsibles y fuera del alcance de anticipación cualquier persona con una capacidad media.

<sup>903</sup> Por todos, SALVADOR CODERCH, P., “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2009, p. 15.

continentales como el italiano<sup>904</sup> o el francés<sup>905</sup>, ninguna disposición concreta que permita a una parte solicitar a la otra la revisión o modificación del contrato una vez sobrevenido el cambio.

Con todo, merecen traer a colación algunas excepciones contempladas tanto en las Leyes especiales como la Ley de Arrendamientos Rústicos<sup>906</sup> –en lo referente a la revisión de la renta- como la salvedad de alguno de los Derechos forales<sup>907</sup> como el navarro, en el que se otorga al perjudicado la facultad de solicitar la revisión de la obligación contraída<sup>908</sup>. En este sentido, se entiende que la ausencia de la revisión o renegociación de los contratos ante un cambio de circunstancias en nuestro Derecho común se debe a la influencia francesa del *Code Civil* francés –Código de Napoleón- de 1804, que había rechazado la doctrina de la imprevisión (*Imprévision*) hasta su reconocimiento mediante el art. 1195 *Code Civil* en su modificación de febrero de 2016, en vigor desde octubre del mismo año.

La falta de previsión legislativa en el Derecho español que permita la modificación de los contratos consecuencia de un cambio de circunstancias sobrevenido conlleva, en nuestra opinión, no sólo un problema de evidente dificultad en el cumplimiento del contrato sino

---

<sup>904</sup> El artículo 1467 del *Codice civile* italiano (*Contratto con prestazioni corrispettive*), incluido en la Sección III relativa a la Excesiva onerosidad- establece: “*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*”.

<sup>905</sup> Como se ha anticipado en la parte de Derecho comparado, desde la reforma del Derecho de obligaciones y contratos en Francia, el art. 1195 del *Code Civil* francés introduce la posible renegociación de los términos de los contratos ante una alteración de circunstancias.

<sup>906</sup> En lo que respecta a los contratos de arrendamientos rústicos, los artículos 40 a 43 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, (en adelante LAR) relativos a la revisión de la renta, establecen su revisión ante un cambio de circunstancias. En concreto, véase el art. 43.1 LAR, que dispone: “*Cualquiera de las partes podrá solicitar revisión extraordinaria de la renta o participación por haber cambiado las circunstancias que influyeron en su determinación, dando lugar a una lesión superior al quince por ciento de la renta justa*”.

<sup>907</sup> Tampoco el Código Civil catalán regula finalmente la cláusula *rebus sic stantibus* que, en un primer momento, sí que pudo estar contemplada en el texto del Decreto Ley 34/2020, publicado en el *Diari Oficial de la Generalitat* el 22 de octubre del citado año. Con todo, en el citado Decreto Ley se establece el mandato al Gobierno de la Generalitat para que, en un plazo de dos años, se elabore una regulación de carácter general que incorpore en el Código Civil de Cataluña “*el restablecimiento de la conmutatividad de las prestaciones contractuales para los casos de un cambio sobrevenido de las circunstancias*”. Siguiendo a GOMEZ POMAR F., y ALTI SÁNCHEZ.AGUILERA, J., “Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español”, *INDret*, 1/2021, p. 503.

<sup>908</sup> Por su parte, en el Derecho navarro, el Fuero Nuevo de Navarra, (Ley 493.3<sup>o</sup>) otorga al perjudicado la facultad de solicitar la revisión de la obligación, de modo que se permita su modificación o su extinción

también hasta la improcedencia en el cumplir según los casos. Por tal motivo, parece necesario destacar la necesidad de una regulación que sirva para tanto para restablecer el equilibrio de las prestaciones acordadas por las partes como para dotar de seguridad jurídica a los contratantes en el mercado.

Esta afirmación se identifica con la proyección planteada por las propuestas de armonización del Derecho europeo de contratos en las que se contemplan una serie de disposiciones generales que permiten a la parte perjudicada exigir la revisión del contrato ante un cambio de circunstancias. En este sentido, conviene citar que, consecuencia de algunas crisis económicas y previamente a la pandemia del coronavirus, los textos europeos han dado prioridad a la renegociación entre las partes –ya sea judicial o extrajudicial<sup>909</sup>- frente a la extinción del contrato.

- a) En primer lugar, en los Principios europeos del Derecho de contratos, el apartado 2º del artículo 6:111 PECL<sup>910</sup>, relativo al cambio de circunstancias, establece que las partes tienen la obligación de negociar la adaptación del contrato, o si el cumplimiento de este resultara muy gravoso y no previsible, proceder a su extinción. También advierte el apartado 3º del citado precepto que, si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo del proceso de negociación, los contratantes deberán acudir a los tribunales para que sean éstos quienes decidan sobre el fondo del asunto<sup>911</sup>.

---

<sup>909</sup>Con la salvedad o excepción del art. III.-1:110 DCFR, que prioriza la actuación de los jueces y tribunales frente a las partes en la revisión de los contratos ante una alteración sobrevenida de circunstancias. Del mismo modo lo apunta, PARRA LUCÁN, M.Á., *Op cit.*, Barcelona, 2015, p. 30.

<sup>910</sup> La redacción literal del precepto es la siguiente: “*Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: (a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. (b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido. (c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias*”.

<sup>911</sup> En defecto de pacto, se debe acudir al artículo 6.111.3º PECL, que establece lo siguiente: 3) *Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá: (a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado. (b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa. En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura*”.

- b) A continuación, el art. 1:110 DCFR<sup>912</sup>, igualmente que el precepto anterior, presenta una doble alternativa ante la alteración de circunstancias: proceder a la renegociación o la extinción del contrato. Sin embargo, ambos textos presentan diferencias terminológicas de forma<sup>913</sup>, y especialmente, de fondo. En este punto, destaca la actuación de los tribunales frente a las partes en la revisión de los contratos, a quienes se otorga amplios poderes de revisión de las obligaciones pactadas en el contrato<sup>914</sup>. Así lo indica ya el título relativo al artículo, “*Variation or termination by court on a change of circumstances*”, independientemente que las partes adapten, modifiquen o extingan el contrato en virtud del principio de autonomía de la voluntad.
- c) Aunque es sabido que la compraventa es un pacto de tracto único, el Parlamento Europeo y el Consejo han dispuesto un Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (en adelante, CESL), cuyos apartados 1º *in fine*, 2º y 3º del artículo 89 CESL<sup>915</sup> prevén también el deber de las partes de iniciar las negociaciones para adaptar o resolver el contrato ante un cambio de circunstancias.

---

<sup>912</sup> En este sentido, el art. III. 1:110 DCFR establece la variación o extinción del contrato por los jueces ante un cambio de circunstancias, cuya versión original está redactada en inglés. “*Variation or termination by court on a change of circumstances (1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished. (2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may: (a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or (b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court*”.

<sup>913</sup> Mientras que el artículo 6.111 PECL propone adaptar el contrato (*adapt the contract*) o poner fin al contrato (*to end the contract*), el art. 1:110 DCFR cita la posición de novar la obligación (*vary the obligation*) o de extinguirla (*terminate the obligation*).

<sup>914</sup> Siguiendo a GARCÍA CARACUEL, M., *La alteración sobrevinida de las circunstancias contractuales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, p. 414.

<sup>915</sup> En relación con los apartados 1º *in fine*, 2º y 3º del artículo 89 CESL<sup>915</sup> establecen lo siguiente: “...Cuando el cumplimiento resulte excesivamente oneroso debido a un cambio excepcional en las circunstancias, las partes tendrán el deber de iniciar negociaciones para adaptar o resolver el contrato. 2) Si las partes no llegan a un acuerdo en un plazo razonable, un órgano jurisdiccional, a petición de cualquiera de las partes, podrá: a) adaptar el contrato para adecuarlo a lo que las partes habrían razonablemente acordado en el momento de su celebración si hubieran tenido en cuenta el cambio en las circunstancias; b) resolver el contrato a tenor del artículo 8 en fecha y condiciones que deberán ser fijadas por él. 3) Los apartados 1 y 2 se aplicarán únicamente si: a) el cambio en las circunstancias se produjo después de la celebración del contrato; b) la parte que invoca el cambio de circunstancias no tuvo en cuenta en ese momento, y no pueda esperarse que lo tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo; y c) la parte perjudicada, conforme al capítulo 16, no asumió, y es razonable suponer que no asumiera, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias”.

Interesa destacar que este precepto también nos aporta una respuesta acerca de la exigibilidad de revisión del contrato por la parte perjudicada. En este sentido, el art. 89. 1º CESL impone a las partes la obligación de iniciar las negociaciones necesarias para adaptar o resolver el contrato de compraventa cuando se produce un cambio excepcional de circunstancias. Resultará necesario –en virtud del 89.3 CESL- que el cambio se haya producido una vez celebrado el contrato y que las partes no pudieran prever el riesgo, dada la magnitud del mismo. *Mutatis mutandi*, salvando las diferencias existentes entre ambas modalidades contractuales, resulta defendible la aplicación del artículo 89 CESL como remedio equitativo al desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas en los contratos de distribución.

La influencia de estos textos y de otros sistemas de Derecho comparado ha penetrado también en las recientes propuestas de modernización del Derecho privado de contratos<sup>916</sup>. Entre nosotros destacan, con algunas diferencias entre ellos<sup>917</sup>, la Propuesta de Modernización del Código Civil, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (2013-2014), la Propuesta de Código Civil de los Libros V y VI, realizada por la APDC (2016) y más recientemente la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (2018). Esta última propuesta es, además, especialmente relevante para los contratos de distribución, dado que prevé su regulación que, de ser aprobada, esta tipología de contratos dejaría de ser atípica.

El artículo 1213 PMCC<sup>918</sup> opta preferentemente, una vez más, por la adaptación del contrato ante un cambio de circunstancias. Por lo que sólo si no es posible, o no es exigible a una parte la adaptación del acuerdo, la parte perjudicada podrá proceder a la extinción

---

<sup>916</sup> Siguiendo a PARRA LUCÁN, M.Á., *Op. cit.*, 2015, p. 6.

<sup>917</sup> Para profundizar, PARRA LUCÁN, M.Á., *Op. cit.*, 2015, pp. 6 - 7.

<sup>918</sup> El artículo 1213 PMCC dispone: “*Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado extraordinaria o imprevisiblemente durante su ejecución, de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato*”.

del contrato. Si esta normativa fuere aplicable a los contratos de distribución, la alteración de circunstancias no se podría considerar una causa de extinción del contrato. Así lo establece la PMCC cuando indica: “*la pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato*”. Como máximo, la extinción sería una opción subsidiaria y residual frente a la renegociación, recayendo sobre las partes la obligación de revisar las condiciones del contrato.

El anteproyecto de Ley de Código Mercantil, en su artículo 416-2 APMC<sup>919</sup>, se ocupa únicamente de la excesiva onerosidad del contrato. El precepto otorga preferencia a la renegociación del contrato ante un cambio de circunstancias sobrevenido, pero no contempla la frustración del contrato como razón de fundamento para su revisión. Este texto hace referencia también a la legitimidad de cualquiera de las partes para proceder a la revisión del contrato, no siendo únicamente exigible la revisión por la parte perjudicada.

Por último, la APDC ha realizado una propuesta de CC incluyendo los Libros V y VI del Código, que permite a las partes la revisión del contrato para adaptar las condiciones del contrato a las nuevas circunstancias<sup>920</sup>. De hecho, se desprende del art. 526-5. 2º<sup>921</sup> de

---

<sup>919</sup> El artículo 416.2 APMC, regula el supuesto de la excesiva onerosidad del contrato, y dispone: “1) *En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, expresando las razones en que se funde. Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer un equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale.* 2) *Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y esta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos*”.

<sup>920</sup> Para ampliar, véase la Propuesta de Código Civil elaborada por la APDC que incluye la regulación de la alteración sobrevenida de circunstancias en el art. 526-5 apdo. 2, en la Sección 2ª del Capítulo VI “De los efectos del contrato” del Título II “De los contratos en general” del Libro V, publicado en la página web de la APDC en mayo de 2016, p. 153, (<http://www.derechocivil.net/esp/libros.php>) (consultado el 22.08.2016).

<sup>921</sup> La redacción del artículo 526-5 de la Propuesta de Código Civil realizada por la APDC relativa a la alteración de las circunstancias básicas del contrato dispone lo siguiente: “1. *Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución, de manera que ésta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustre el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución.* 2. *Lo dispuesto en el apartado anterior solo procede cuando:*

a) *el cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato;*  
b) *no es equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente*

la Propuesta de Código Civil (PCC,2016) que no será equitativo exigir la permanencia del perjudicado en el contrato, una vez atendida la distribución contractual y legal del riesgo, siempre que el contratante afectado negativamente hubiera intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato.

En virtud de lo expuesto, parece razonable que el legislador español proceda a dotar de una solución legal a la alteración sobrevenida de circunstancias en nuestro ordenamiento jurídico. Las citadas propuestas, pese a tratarse de textos *Soft law*, resultan de utilidad para reducir las discrepancias entre las partes y evitar la resolución de la litis a los tribunales que, como es sabido, ni son eficientes ante conflictos que requieren de una respuesta inminente ni el tercero que resuelve lo hace conforme a los intereses propios de las partes. Por tal motivo, una vez superada la pandemia, la celebración de contratos requiere de una normativa adaptada a los tiempos post-COVID que, no sólo otorguen seguridad jurídica a los contratantes dotándoles de las herramientas legislativas necesarias para diseñar el contenido obligacional mínimo de sus pactos. En particular, la visión que defiende la PCC (2016) resulta, en mi opinión, la más acertada no sólo por contemplar tanto la frustración del contrato como la excesiva onerosidad sino también por incorporar expresamente el principio de buena fe<sup>922</sup> que, pese a presumirse en la celebración de los contratos, debe presidir cualquier relación contractual que se tercie.

---

*la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y c) el contratante perjudicado ha intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato.*

<sup>922</sup> Es cuestión debatida la introducción de la cláusula *rebus sic stantibus* en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la pandemia COVID-19. En un primer momento se trató de establecer unas medidas adoptadas para prevenir o contener su propagación en las relaciones contractuales. Si bien, la posición doctrinal al respecto no es pacífica. De un lado, destacan aquellos como PANTALEÓN PRIETO que justifican la falta de incorporación de la *rebus*, tanto al Código Civil como al *Codi Civil Català* porque, “los problemas jurídicos no se iban a resolver por incluir la *rebus sic stantibus* en un texto, porque no querían regular tal institución, querían regularla como un remedio ordinario”. Por lo que, “si no es la *rebus*, la solución para una crisis económica post-covid pasa por otras medidas de inyección económica inmediata en el sistema como la modificación del derecho concursal, sea mediante la suspensión de concursos voluntarios, o la paralización de los derechos necesarios”. (Jornada del *Dret Privat a l’Era Post-Covid*, 25 de noviembre de 2021, Facultad de Dret, UB). De otro, otros autores sostienen la necesidad de recuperar el equilibrio contractual mediante la *rebus sic stantibus*, y, en virtud de la preferencia de la paz social frente a la resolución de conflictos, GARCÍA-PITA LASTRES aboga por la renegociación de los términos de los contratos por la relación colaborativa de las partes. Si bien, advierte, que “se regule una norma es general, pero su aplicación es especial”, (nuevamente, extraído de la *Jornada del Dret Privat a l’Era Post-Covid*, 25 de noviembre de 2021, Facultad de Dret, UB).

## 2. Previsión o modificación expresa de una cláusula de revisión en el contrato

Independientemente de las propuestas europeas mencionadas, que son únicamente textos *soft law*, el Derecho español no ha establecido disposición general alguna en el Código Civil que permita la revisión o resolución del contrato ante un cambio sobrevenido de circunstancias. Todo ello con la salvedad de las mencionadas tanto en la Ley de Arrendamientos Rústicos<sup>923</sup> o el Derecho foral navarro<sup>924</sup>. Incluso pese a los intentos del legislador de flexibilizar el principio *pacta sunt servanda* en un contexto económico social de pandemia motivado por la COVID-19<sup>925</sup>.

La ausencia de una norma que prevea una modificación de los contratos anima a las partes a establecer un régimen jurídico propio para el tratamiento de los cambios que puedan suscitarse, interferir en el cumplimiento de los contratos o renegociar las bases negociales

---

<sup>923</sup> Existen excepciones en el ámbito contractual a esta afirmación. Como indica Parra Lucán, el legislador tan sólo ha regulado normas de revisión de los efectos de los contratos ya existentes en supuestos excepcionales como es el caso de los contratos de arrendamientos rústicos. Así lo disponen los artículos 40 a 43 de la Ley 83/1980, de Arrendamientos Rústicos, (en adelante, LAR), que establecen la posibilidad de solicitar la revisión de la renta por ser ésta superior o inferior a la usual en el lugar para fincas análogas. También se permitía el supuesto de una revisión extraordinaria de la renta por haber cambiado las circunstancias que influyeron en su determinación, dando lugar a una lesión superior al 15 % de la renta justa. Siguiendo a PARRA LUCÁN, M.Á., “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre 2015, p. 16.

<sup>924</sup> Resulta destacable la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, en la Ley 498, que dispone: “*Cuando se trate de obligaciones de Largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamentalmente y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para que una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución*”

<sup>925</sup> Aunque la cláusula *rebus sic stantibus* carece de regulación en el Derecho español, un sector de la doctrina defiende su regulación. Especialmente desde el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, entre cuyas enmiendas al articulado del citado proyecto, constaba la modificación del artículo 1258 CC con el objeto de normativizar la cláusula *rebus sic stantibus*. Aunque tales enmiendas no fueron aprobadas, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia menciona en su disposición adicional 7ª: “*El Gobierno presentará a las Comisiones de Justicia del Congreso de los Diputados y del Senado, en un plazo no superior a tres meses, un análisis y estudio sobre las posibilidades y opciones legales, incluidas las existentes en Derecho comparado, de incorporar en el régimen jurídico de obligaciones y contratos la regla rebus sic stantibus. El estudio incluirá los datos disponibles más significativos sobre el impacto de la crisis derivada de la COVID-19 en los contratos privados*”. Si bien, a día de hoy y pese haber transcurrido tal plazo de tres meses, no ha habido ninguna incorporación de la *rebus sic stantibus* en nuestro ordenamiento jurídico, aunque, según lo dispuesto, todo parece indicar hacia una futura regulación.

en virtud del principio de autonomía de la voluntad<sup>926</sup>. Incluso han podido optar los contratantes por la extinción de la relación distributiva si consideran que ha desaparecido la base negocial del contrato que los llevó a obligarse.

El fundamento de tal previsión no es otro que el de anticiparse a las posibles variables que se susciten en el mercado además de evitar la producción de futuros incumplimientos o la frustración del objetivo final del contrato. Con todo, la disyuntiva de introducir una cláusula de modificación de los términos del contrato motivados por una alteración de circunstancias presenta una serie de ventajas e inconvenientes.

- a) La previsión de los contratantes presenta múltiples ventajas en aquellos ordenamientos jurídicos que no han contemplado la regulación de la modificación de los contratos por un cambio de circunstancias sobrevenida. Entre ellas, destaca el principio de seguridad jurídica que preside la garantía de cumplimiento de las obligaciones establecidas en el acuerdo por las partes. De este modo, prevalece el principio de conservación de los contratos además de aportar a las partes la mayor idoneidad para compensar sus intereses<sup>927</sup>.

Además, la renegociación de los contratos se presenta como una ventaja principal para los contratos duraderos<sup>928</sup>, como son los derivados de una relación distributiva. No sólo se reajusta el contrato a las nuevas dificultades surgidas después de su celebración, sino que la renegociación del contrato permite a las partes evitar la terminación de las relaciones distributivas. Lo que, a su vez, proporciona al distribuidor la amortización de sus inversiones realizadas en el momento de iniciar o reconducir su actividad.

- b) Sin embargo, el recurso a la autonomía de la voluntad plantea también algunos inconvenientes.

---

<sup>926</sup> El artículo 1255 del Código Civil -que enuncia el principio de autonomía de la voluntad- dispone: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

<sup>927</sup> De nuevo, PARRA LUCÁN, M.Á., *Op. cit.*, octubre 2015, p.17.

<sup>928</sup> Siguiendo a SALVADOR CODERCH, P., “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2009, p. 49.

Como se ha advertido, las partes de una relación contractual distributiva no suelen encontrarse en una posición equitativa de negociación, por lo que no es frecuente que el cabeza de red acceda a incluir una cláusula que resulte perjudicial a sus intereses ante un cambio de circunstancias sobrevenido.

Por el contrario, en el caso de haberlas contemplado en el contrato, no son pocos los problemas de interpretación que suscita el contenido de estas cláusulas de previsión de riesgos, entre los que destacan:

-La interpretación de las cláusulas de estabilización del contrato no resulta un aspecto desdeñable. De un lado, como se ha advertido, si las partes no consiguieran ponerse de acuerdo por ellas mismas respecto del contenido expresamente convenido, éstas deberán acudir a un tercero; sean los tribunales o a la autoridad arbitral para resolver sus controversias. Aún así, los tribunales –o, en su defecto, la autoridad arbitral- deberán identificar su verdadera voluntad porque, en algunos casos, la solución alcanzada por un tercero dista de la verdadera intención de los contratantes.

-De otro, en línea con lo anterior, la interpretación incorrecta de una cláusula de renegociación estipulada en el contrato puede condicionar que las partes adopten comportamientos oportunistas apoyándose en su contenido. La cuestión es, por tanto, determinar qué grado de alteración se requiere en dicho acuerdo para considerar un contrato desnaturalizado del contexto inicial en el que se concibió<sup>929</sup>.

-Finalmente y dejando a de lado las cuestiones interpretativas, otro inconveniente que es consecuencia de los comportamientos oportunistas es el también citado contexto de inseguridad jurídica que se genera entre las partes. Por ejemplo, si aún habiéndose adoptado una cláusula de modificación del contrato motivada por un cambio de circunstancias sobrevenido, si una de las partes decide no ajustarse al pacto convenido por no resultarle finalmente

---

<sup>929</sup> Siguiendo a GARCÍA CARACUEL, M., *Op. cit.*, Madrid, 2014, p. 270.

satisfactorio, se estaría ante un supuesto de incumplimiento contractual semejante al expuesto en capítulos anteriores. Lo que implicará la extinción del contrato con sus efectos correspondientes. En este sentido, las relaciones distributivas son un buen ejemplo de esta afirmación toda vez que, al tratarse de obligaciones sinalagmáticas, el incumplimiento de una parte exime a su contraparte de realizar la prestación a la que estaba obligada. Del mismo modo, el primer incumplimiento puede generar desconfianza en la otra, además de alejarse del principio de buena fe que debe presidir la comercialización de los bienes y servicios en los contratos de distribución.

En definitiva, la falta de cumplimiento de los supuestos de esta última reflexión no se basa en el error o en los problemas de interpretación de la cláusula establecida en el contrato, sino en la falta de intención de actuar conforme a lo pactado expresamente en el contrato, sea porque las partes pretenden liberarse del mismo, o porque estiman que dicha contraprestación ya no satisface su interés.

No obstante, lo anterior, la revisión de los contratos ante un cambio de circunstancias sobrevenido puede estar motivado por la voluntad de las partes expresamente prevista en el contrato y fundamentada en otras causas o argumentos objetivos distintos del defecto de la base del negocio, como son: la imposibilidad de prestar la obligación debida y la dificultad o excesiva onerosidad de la prestación<sup>930</sup>. Entre ellas, destacamos las siguientes:

- a) Cláusulas de excesiva onerosidad (*hardship*)
- b) Cláusulas de fuerza mayor
- c) Cláusulas de frustración del contrato

### **2.1. Cláusulas de excesiva onerosidad (cláusulas *hardship*)**

Como se ha mencionado páginas atrás, las cláusulas de excesiva onerosidad ponen de manifiesto la actitud previsor y ordenada de los contratantes que, se plantean el equilibrio contractual mediante el reparto de los riesgos económicos ante un hecho

---

<sup>930</sup> Siguiendo a LACRUZ BERDEJO, J.L., *Op cit.*, Madrid, 2000, p. 513.

imprevisible siempre que no sea imputable a ninguno de ellos. En este sentido, la asignación al riesgo del cambio de circunstancias es el punto crucial de toda doctrina sobre la revisión de los contratos porque, tal y como acertadamente afirma SALVADOR CODERCH “la aparición de una contingencia no prevista en el contrato puede reducir el valor de su cumplimiento para el acreedor o incrementar el de su coste para el deudor”<sup>931</sup>.

En línea con lo expuesto, es habitual que las partes introduzcan *cláusulas de excesiva onerosidad o hardship*<sup>932</sup> en los contratos internacionales<sup>933</sup> puesto que sirven para corregir los desequilibrios contractuales sobrevenidos derivados de una excesiva onerosidad<sup>934</sup>. Es más, este tipo cláusulas no sólo permiten la revisión y renegociación de sus condiciones sino también la resolución del contrato no cumplido por el deudor diligente. Si bien, resulta necesario acreditar la excesiva dificultad de cumplimiento de la prestación adquirida.

---

<sup>931</sup> SALVADOR CODERCH, P., “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2009, p. 35.

<sup>932</sup> Aunque se trata de textos de *soft law* para la armonización del Derecho europeo de contratos, se define el *hardship* o la excesiva onerosidad en los artículos siguientes: art. 6.2.2 de los Principios Unidroit (PU en español, o en inglés, *Principles International Commercial Contracts*, en adelante, PICC derivado de sus siglas en inglés), el art. 6:111 de los Principios de Derecho Contractual Europeo (*Principles of European Contract Law*, en adelante, PECL, en virtud de sus siglas en inglés) y el artículo III.-1:110 del Marco Común de Referencia (*Draft Common Framework Reference*, en adelante, DCFR, siguiendo sus siglas en inglés). En los textos internacionales para la armonización del Derecho de contratos se reconoce el concepto de *hardship* en aquellos sucesos que alteran de forma esencial el contenido del contrato, no sólo incrementando el coste de una prestación sino también disminuyendo el valor de la prestación de la otra. En esta línea destacan el artículo 6.2.2 PICC, el art. III.-1:110 DCFR y en lo que respecta a la compraventa, el artículo 89 CESL. En España destaca la Propuesta Modernizadora del Código Civil (en adelante, PMCC) en su artículo 1213, que ha rubricado la alteración como “excesivamente onerosa”.

Dicho lo anterior, los supuestos de *hardship* se caracterizan por ser hechos o acontecimientos imprevisibles. De ser previsibles, sería lógico que los contratantes hubieran previsto en el contrato dichas cláusulas de asunción del riesgo. En esta línea, el artículo 6.2.2.b) PICC establece: “los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato”.

<sup>933</sup> En lo que respecta a la celebración de contratos internacionales, Sánchez Lorenzo considera que el *hardship* es uno de los “problemas del Derecho de contratos a lo largo del siglo XX”. Para profundizar, SÁNCHEZ LORENZO, S., “La frustración del contrato”, *Derecho contractual comparado, Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2009, p. 694.

<sup>934</sup> No todos los supuestos que generan el aumento de la onerosidad deben ser causa de revisión del contrato. La excesiva onerosidad provoca la alteración fundamental del equilibrio contractual. Aunque la excesiva onerosidad no está regulada en el Derecho español, se acudirá al Derecho comparado (Derecho italiano) o entre nosotros, el Derecho navarro. De hecho, así lo suscriben el artículo 1467 del *Codice civile* italiano “*eccesivamente onerosa*” o la Ley 493 de la Compilación del Derecho Foral de Navarra al mencionar una causa “*extraordinariamente onerosa*”. En el Derecho italiano, la parte que soporta la excesiva onerosidad puede solicitar la resolución del contrato, salvo que la onerosidad sobrevenida haya acaecido dentro del riesgo previsible del contrato. Siguiendo a DIEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E. y MORALES, A.M., “La modificación sobrevenida de las circunstancias” en *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 292 y ss.

La imprevisibilidad que caracteriza a la excesiva onerosidad puede generarse, en mayor medida, en aquellos pactos de tracto sucesivo como los contratos de distribución. Sin duda, el tiempo es un factor determinante en la ruptura del equilibrio contractual entre las partes<sup>935</sup> y condiciona que las prestaciones puedan verse afectadas por cambios socioeconómicos que agraven las condiciones pactadas.

No obstante, aunque la excesiva onerosidad conlleve situaciones gravosas y poco razonables para una de partes, la dificultad de cumplimiento no debe traducirse con imposibilidad<sup>936</sup>. De hecho, la regla general es que el deudor se halla obligado a cumplir las prestaciones del contrato siempre que le sea posible hacerlo, aunque la prestación le suponga un esfuerzo muy superior al inicialmente previsto<sup>937</sup>. Por tal motivo, la complejidad de estos supuestos reside en determinar cuándo la onerosidad debe considerarse excesiva. De ahí la utilidad de incorporar cláusulas de *hardship* en el contrato que prevean con precisión en qué supuestos se podrán modificar las prestaciones acordadas, o bien, proceder a su extinción.

Una vez admitida la excesiva onerosidad o *hardship* como causa de renegociación de las condiciones del contrato, resulta necesario abordar el alcance de tal variación que justifique tales acciones. En este sentido, atendiendo a razones claramente objetivas, se requiere que la imprevisibilidad del hecho acontecido sea de tal envergadura que acredite la destrucción de la equivalencia de las prestaciones<sup>938</sup>, por lo que ninguno de los contratantes debería estar obligado a soportar dicho riesgo<sup>939</sup>.

---

<sup>935</sup> Como se ha indicado al inicio de este capítulo en los requisitos de la alteración sobrevenida de circunstancias (como posible causa de extinción de los contratos de distribución), es más frecuente que el cambio de condiciones sobrevenido afecte con mayor incidencia a determinados contratos, como es el caso de los acuerdos duraderos, toda vez que las condiciones del contrato puede sufrir variaciones y verse afectadas por posibles cambios socioeconómicos que pueden perjudicar de forma notable a una de las partes en el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Esto es, la comercialización de bienes y servicios dentro de un canal de distribución.

<sup>936</sup> A diferencia de lo que sucede con las cláusulas de fuerza mayor, cuyo estudio se expondrá en el epígrafe siguiente.

<sup>937</sup> Por todos, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil* Derecho de obligaciones Volumen I, Parte General y Teoría General del Contrato, Dykinson, Madrid, 2000, p. 162.

<sup>938</sup> Por todos, VILLÓ TRAVÉ, C., “La excesiva onerosidad del contrato por el cambio excepcional de las circunstancias”, *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDVEVILA, E. y SÁNCHEZ GONZALÉZ, M.P. (Ed.), *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, Ed. Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2015, p.355.

<sup>939</sup> En este sentido, se deberán tener en cuenta los contratos sinalagmáticos, en los que necesariamente el cumplimiento de la prestación contraída por el deudor obligará al acreedor a cumplir con sus contraprestaciones. Por el contrario, el incumplimiento del primero eximirá al segundo a realizar la obligación a la que se había comprometido en virtud de la *doctrina exceptio non adimpleti contractus*.

En línea con lo anterior, cabe la posibilidad de que la excesiva onerosidad sea la causa de extinción de los contratos de distribución en dos supuestos diferentes:

- a) Si el acuerdo pactado por las partes fuera de carácter indefinido y el impacto de un hecho sobrevenido no previsible no satisficiera el interés de una de ellas en su modificación, se podría poner fin al contrato siempre que tal extremo hubiera estado expresamente previsto de mutuo acuerdo.

-Por el contrario, si las partes no hubieran incorporado tal precisión en el clausulado de un contrato indefinido, ésta podría identificarse con la existencia de una cláusula implícita que habilitara la terminación del contrato. En este sentido, nada impediría que las partes de un contrato duradero a ponerle fin ejercitando el desistimiento unilateral *ad nutum*, siempre que se notifique al otro contratante su decisión de terminar la relación distributiva respetando un periodo de preaviso convenido o, en su caso, razonable.

- b) Para el supuesto de los contratos de duración determinada, la excesiva dificultad de cumplimiento podría convertirse también en un desistimiento unilateral – siempre que éste se hubiera previsto expresamente en el contrato y se notifique tal decisión de no renovar el acuerdo preavisando con el periodo de tiempo estipulado en el contrato. De lo contrario, la terminación del contrato se convertiría, como es sabido, en un incumplimiento *ante tempus*.

Por su parte, parece evidente que, a excepción de lo expuesto, subsistirá el deber de soportar el cumplimiento de la prestación contraída si las partes no han identificado qué obligaciones pueden resultar excesivamente onerosas ante un cambio de circunstancias sobrevenido. Incluso la parte perjudicada no tendrá derecho a resolver el pacto ni tampoco a obtener una compensación, aunque la obligación contraída resulte excesivamente onerosa<sup>940</sup>. En defecto de pacto y ante una falta de previsión legislativa respecto de la alteración sobrevenida de circunstancias, cabe apreciar qué soluciones se han aportado el Derecho comparado<sup>941</sup>:

---

<sup>940</sup> En este sentido, SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Op. cit.*, Barcelona, 2012, p. 426.

<sup>941</sup> Para profundizar sobre el estudio del Derecho comparado, SÁNCHEZ LORENZO, S.A., (Coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Ed. Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2012, GARCÍA CARACUEL, M., *La alteración sobrevenida de circunstancias contractuales*, Dykinson,

- a) En primer lugar, resulta destacable la acertada anticipación del legislador italiano al respecto que, al regular la “*eccesiva onerosità*” en el art. 1467 de su *Codice Civile* de 1942 habilitó la revisión del alcance de la autonomía de la voluntad y su eficacia ante una alteración de circunstancias, permitiendo bien la terminación de la relación contractual o su reneogación ante hechos extraordinarios y del todo imprevisibles.
- b) En segundo término, siguiendo en las familias del Derecho europeo continental, cabe mencionar el art. 417 del Código civil portugués de 1966, y más recientemente, la introducción del art. 313 del Código Civil alemán (BGB) incorporado en la reforma del Derecho de obligaciones de 2002.
- c) Finalmente, por el contrario, en los ordenamientos jurídicos del *Common Law*, no se reconoce el principio de excesiva onerosidad o *hardship*. Los contratantes deben cumplir el contrato (*performance*) o bien, ante un acontecimiento inesperado que impida su ejecución (*impracticability of the contract*), se procede a su terminación por frustración (*frustration*). Independientemente de la pérdida económica que deba soportar la parte perjudicada. Por tal motivo, las partes suelen blindar el contrato con cláusulas que permitan adaptar el contenido de los contratos de distribución a determinados sucesos relacionados el aumento de los costes de producción u otros problemas derivados de la comercialización de los bienes y servicios<sup>942</sup>.
- d) Recientemente, hace poco más de un lustro, con la modernización de la teoría general de obligaciones del Derecho francés de 2016, se ha introducido el artículo 1195 del *Code civil* sobre el cumplimiento ante la alteración sobrevinida de circunstancias en cuyo contenido me detendré más adelante en el presente epígrafe.

---

Madrid, 2014 y PARRA LUCÁN, M.Á., “Riesgo imprevisible y modificación de los contrato”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre 2015.

<sup>942</sup> Para profundizar, CHRISTOU, R., *International Agency, Distribution and Licensing Agreements*, 6th ed., Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, 2011, London, p. 49.

-También se ha introducido la excesiva onerosidad en las distintas propuestas para la armonización del Derecho europeo de contratos<sup>943</sup> tal y como se ha advertido en la primera parte de este trabajo, por lo que no nos detendremos excesivamente en su estudio. Con todo, se trata de textos de *Soft Law* que sí pueden servir de orientación para las partes en la libre determinación de sus prestaciones.

- a) Entre ellos, el artículo 6.2.2. PICC define qué se entiende por excesiva onerosidad o (*hardship*) mientras que el art. 6:111 PECL, aunque no establece detalladamente la institución, identifica la excesiva onerosidad con el aumento de los costes de ejecución para una parte y/o la disminución del valor de la contraprestación recibida por su contraparte.
- b) Por su parte, en el Marco europeo de contratos DCFR, su art. III.-1:110, expone en qué supuestos excepcionales los tribunales podrán variar las circunstancias del

---

<sup>943</sup> A excepción de la Convención de Viena, que fue ratificada por España y forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, los textos aprobados para la armonización del Derecho europeo de contratos contienen disposiciones que regulan la excesiva onerosidad o *hardship*. Entre ellos: a) el artículo 6.2.2 PICC establece: “Hay “excesiva onerosidad”(hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato, b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato, c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja, y d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”.

b) el artículo 6:111 PECL dispone que: (1) “Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe”. (2) “Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: a) dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en momento posterior a la celebración del contrato, b) en términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiere podido preverse ni tenido en consideración el cambio acaecido, c) a la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de una cambio de circunstancias”.

El artículo III.-1:110 DCFR (en inglés) hace referencia a la excesiva onerosidad consecuencia del cambio de circunstancias: “Variation or termination by court on a change of circumstances (1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished. (2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may: (a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or (b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court”.

c) En los contratos de compraventa, el artículo 89.1 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (Common European Sales Law, en adelante, CESL), establece: “Una parte deberá cumplir sus obligaciones aun cuando el cumplimiento de las mismas resulte más oneroso como consecuencia de un aumento de los costes de la ejecución o por una disminución de la contraprestación que se recibe”.

contrato o proceder a su extinción. En este sentido, el precepto establece que los tribunales podrán modificar las prestaciones del contrato haciéndolas razonables y equitativas si se produce un hecho del todo excepcional que modifique las circunstancias pactadas hasta el punto de ocasionar una situación cuyo cumplimiento implique una situación verdaderamente injusta para el deudor. Subsidiariamente, será posible la terminación del contrato siempre que los tribunales lo determinen, si bien, tal y como se desprende del citado artículo, parece tratarse de un criterio secundario y, en defecto de cualquier adaptación o modificación de su contenido.

Dicho lo anterior y, ante el silencio de nuestro legislador en esta materia, la jurisprudencia ha invocado la necesidad de dotar una justa solución a las posibles controversias reconociendo la cláusula rebus sic stantibus<sup>944</sup> ante determinados supuestos excepcionales; si bien, es destacable que, generalmente, los tribunales se han mostrado reticentes a su aplicación. Más, si cabe, desde la STS, 6 de marzo de 2020, (RJ\2020\879), que ha acotado su aplicación únicamente para los contratos de larga duración, como sucede con los contratos distributivos.

No obstante, frente a esta posición tradicionalmente restrictiva, conviene precisar que, en la última década anterior a la pandemia, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha estimado la modificación de las prestaciones del contrato y recurriendo a la aplicación de la *rebus* al justificar la crisis económica como fenómeno capaz de alterar las relaciones contractuales<sup>945</sup>. Con todo, resulta aconsejable que los contratantes incluyan las consecuencias de las fluctuaciones económicas en las cláusulas de estabilización o *harship*, máxime si se trata de profesionales concedores de los riesgos que entraña el ejercicio de la actividad. En su defecto, se desprende que el contratante no actuó con diligencia y el perjuicio ocasionado debe quedar de su cuenta<sup>946</sup>.

---

<sup>944</sup> En opinión de GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración extraordinaria de circunstancias”, *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, (Coord.) Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2014, p. 143.

<sup>945</sup> Aunque la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo no ha sido unánime en la apreciación de la crisis económica como circunstancia imprevisible, resultan de interés el estudio de las STS de 30 de junio de 2014 (RJ\3526) y de 15 de octubre del mismo año (RJ\6129) en las que el Tribunal Supremo se inclina por la “*aplicación normalizada de la cláusula rebus sic stantibus*”. Siguiendo a PARRA LUCÁN, M.Á., “Riesgo imprevisible y modificación de los contrato”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre 2015.

<sup>946</sup> En opinión de PARRA LUCÁN, M.Á., *Op. cit.*, Barcelona, octubre 2015, p. 23.

No obstante, es preciso señalar que este argumento no debería hacerse extensible a todos los contratos. Aunque lo más acertado es que las partes de las relaciones distributivas aseguren sus prestaciones mediante el reparto del riesgo en las cláusulas de *hardship*, la carencia de tal previsión no puede hacer responsable en su totalidad a sus contratantes.

En nuestra opinión, no parece razonable acusar a las partes de falta de diligencia profesional cuando el poder de negociación de algunos empresarios es del todo asimétrico. Ciertamente, interesa destacar el interés del legislador de regular diversos aspectos de la fase precontractual del contrato de franquicia con el fin de proteger a la parte débil del contrato<sup>947</sup>.

Como es sabido, las partes pueden asegurar sus prestaciones repartiendo los riesgos mediante las cláusulas de *hardship*. En este sentido, conviene excluir del riesgo aquellas circunstancias normales del contrato, sea porque las partes los hayan asumido, o porque formen parte del tipo legal de aquellos<sup>948</sup>. Dicho lo cual, la determinación del riesgo en las relaciones contractuales se basa en el principio de razonabilidad previsto por una persona media<sup>949</sup> y, cuanto más precisa sea la redacción del contrato por los contratantes, más eficaces serán las cláusulas del contrato<sup>950</sup>. De hecho, la concreción de los supuestos de excesiva onerosidad previstos por las partes en las cláusulas de estabilización reducirá el número de controversias entre las mismas. A modo ilustrativo, destacan estos supuestos en la excesiva onerosidad o *hardship* aplicables a las relaciones distributivas:

---

<sup>947</sup>Para ampliar, MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil de franquicia*, Ed. Comares, 2ª ed. Granada, 2007, p. 53.

<sup>948</sup>Respecto a la mayoría de las propuestas armonizadoras del derecho europeo de contratos las partes no podrán acudir a los remedios reconocidos en la cláusula *rebus sic stantibus* cuando los contratantes hayan asumido el riesgo derivado de un cambio de circunstancias. En este sentido, véanse los arts. III.-1:110 DCFR y el artículo 89.3 CESL.

<sup>949</sup>En opinión de Díez-Picazo, Roca Trías y Morales en el principio de razonabilidad “*se aplica, por consiguiente, el parámetro de la persona media en esa misma situación, ni especialmente previsora, ni especialmente imprevisora...*”, “*...ni indebidamente optimista o pesimista*”. En este sentido lo exponen, DIEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E. y MORALES, A.M., “La modificación sobrevenida de las circunstancias” en *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 295.

<sup>950</sup>Por todos, SÁNCHEZ LORENZO, S., *Op. cit.*, Madrid, 2009, p. 718. Es de la misma opinión, KAHN, Ph. “Force majeure et contrats internationaux de longue durée”, en *Essays in tribute to Wolfgang Friedmann*, 1979, p. 182

- a) De un lado, aquellos casos que son consecuencia de una alteración abusiva de precios de los productos, particularmente, un aumento abusivo en el coste de materias las primas y de las partidas de los gastos de transporte.
- b) De otro, las partes también podrán prever situaciones de excesiva onerosidad motivados por el incremento de los costes de producción y la reducción considerable de los beneficios esperados.

Igualmente, existen otros supuestos internacionales de muy diversa índole en los que nos detendremos muy sucintamente, teniendo en cuenta la compleja y variada casuística de las relaciones distributivas, entre los que se encuentran: la excesiva onerosidad derivada del nivel legal de las exigencias de seguridad del producto, el aumento de la onerosidad derivada de las dificultades de obtener las licencias de importación o exportación de las mercancías<sup>951</sup>, así como el suministro de los productos de uso tecnológico<sup>952</sup>.

Tal como se ha advertido, la concesión de las licencias de importación y exportación de productos<sup>953</sup> es una de las posibles cuestiones que pueden generar supuestos de excesiva onerosidad para las partes en los contratos de distribución. La conveniencia de incorporar este tipo de cláusulas en las relaciones distributivas reside en el que el coste total de los bienes y servicios puede variar notablemente por factores ajenos a la voluntad de las partes generando a cualquiera de ellas una excesiva onerosidad en el cumplimiento de las

---

<sup>951</sup> Como indica Christou, en el momento de la celebración del contrato, las partes deben prever las posibles dificultades para evitar conflictos que perturben el desarrollo de las relaciones respecto a la licencia de exportación e importación de sus productos, CHRISTOU, R., *International Agency, Distribution and Licensing Agreements*, 6th ed., Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, 2011, London, pp. 50 y ss.

<sup>952</sup> Siguiendo a BELL, J., "The effect of Changes of Circumstances on Long-term Contracts", (English Report), *Contract Law Today*, Oxford University Press, Oxford, 1989, p. 206.

<sup>953</sup> Para proceder a la comercialización de los bienes en los contratos de distribución, resulta de utilidad que las partes establezcan determinadas cláusulas relativas a los códigos FOB y CIF (en inglés, *Free on board* y *Cost Insurance and Freight*, respectivamente) o CIP, (para cualquier transporte terrestre, incluso marítimo y para la combinación de varios de ellos), que pueden determinar de forma considerable el coste del intercambio. Aunque las cláusulas FOB y CIF utilizan una terminología que está reconocida internacionalmente por la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC), parece oportuno que los contratantes incluyan su tratamiento en los contratos internacionales de distribución, porque su denominación puede variar según los diferentes sistemas jurídicos. La importancia del valor CIF o CIP no viene dada tanto por el transporte como por el seguro contratado para cubrir riesgos como la pérdida o el daño de la mercancía. Al igual que el valor CIF, el Código FOB es una cláusula de los contratos de distribución, pero se diferencia en que el valor del transporte y del seguro es cubierto por el comprador-distribuidor del país de procedencia.

prestaciones contraídas, o incluso, su incumplimiento<sup>954</sup>. De este modo, no es cuestión baladí que las partes introduzcan cláusulas contractuales que reflejen las dificultades relacionadas con la obtención de las licencias de importación y su influencia en el cumplimiento de los objetivos del contrato. Es más, resulta frecuente que, en muchos de los contratos de distribución, se suele proporcionar al distribuidor la licencia de importación al tiempo que se facilita al proveedor la licencia de exportación<sup>955</sup>.

- a) De vuelta a los supuestos enunciados con anterioridad, el incremento abusivo de los precios finales de los productos viene justificado por el acontecimiento de catástrofes naturales o situaciones económicas de carácter imprevisibles como la inflación de los precios que impiden a los proveedores el acceso a las materias primas en condiciones normales. Por ejemplo, se pueden traer a colación ilustraciones más recientes como el incremento del coste de producción de las mercancías como consecuencia de la subida exorbitada de las materias primas o de los suministros energéticos. Otro ejemplo más alejado sería el de la inflación exponencial del precio del azúcar en Venezuela y la correspondiente interrupción de la fabricación de refrescos de Cola por los productores locales como consecuencia del coste inalcanzable del citado bien. Por tal motivo, es recomendable que las partes introduzcan una cláusula de estabilización que habilite el reajuste del precio de aquellos bienes objeto de suministro ante un cambio de circunstancias sobrevenido<sup>956</sup>, máxime si se trata de contratos duraderos celebrados en el marco jurídico de un ordenamiento cuya normativa no ha procedido a regular la excesiva onerosidad o *hardhip*.

---

<sup>954</sup> La importancia de las cláusulas relativas a la licencia de exportación e importación de mercancías se ha incrementado al tiempo que se agudizó la recesión internacional y en particular, desde la crisis económica española de hace una década. La distribución de bienes y servicios a través de la exportación ha sido desde siempre una salida comercial para muchas empresas; si bien, la crisis aceleró la necesidad de buscar otros mercados para la comercialización de sus productos. Así las cosas, la introducción de este tipo de cláusulas en las relaciones distributivas se ha incrementado, motivada por un mercado nacional con exceso de oferta y carente de demanda. Incluso las *pymes* han debido emprender necesariamente una búsqueda de mercados emergentes para la colocación de sus productos. Esta necesidad fue inicialmente impulsada por el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, mediante el Plan Cameral de Exportaciones que dota de herramientas de apoyo para la importación y exportación de productos. Para profundizar, vid. el enlace siguiente: <http://www.plancameral.org/web/portal-internacional> (consultado el 18.07.2016).

<sup>955</sup> Siguiendo a CHRISTOU, R., *International Agency, Distribution and Licensing Agreements*, 6th ed., Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, London, 2011, pp. 50 y ss.

<sup>956</sup> Es también de la misma opinión para los contratos internacionales de distribución, CHRISTOU, R., *Op. cit.*, 2011, London, p. 50.

Por otra parte, los contratos de distribución, en tanto que son contratos relacionales, pueden dejar en suspenso el contenido de algunos de sus elementos en el momento de la perfección del contrato como es la fijación de precios. En tal supuesto, no resultará imprescindible la concreción de una cláusula de estabilización si los contratantes pactan que la fijación del precio final de bien sea estimativa mientras que su concreción final se determine durante la ejecución del contrato, atendiendo a las necesidades del mercado.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho español, interesa traer a colación un fenómeno destacado del Derecho francés que prevé la regulación de la excesiva onerosidad o *hardship*, como consecuencia de la modificación del *Code Civil* de 2016<sup>957</sup>. En particular, el artículo 1195 del *Code Civil*<sup>958</sup> reconoce la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, rectificando acertadamente su posición respecto al rechazo de la doctrina de la *imprévision*. De este modo, se permite a las partes la modificación del contrato o, incluso, su extinción ante un cambio sobrevenido de circunstancias. No obstante, cabe destacar que el artículo L.441-8 del *Code de Commerce*<sup>959</sup>, denominado *Loi Hamon*, ya permitía excepcionalmente la renegociación de los términos del contrato siempre que la duración del acuerdo fuere superior a tres meses y las partes se dedicaran a la comercialización de productos cuyas materias primas pudieran sufrir fluctuaciones de precios en el mercado<sup>960</sup>. En línea con lo expuesto, las cláusulas relativas a la revisión de precios son, según la doctrina francesa, las más frecuentes en los contratos duraderos<sup>961</sup>. Por lo que, la Comisión francesa de examen de las prácticas comerciales recomienda, preventivamente, la inserción de una cláusula de

---

<sup>957</sup> Vid. *Ordonnance n° 2016-131, du 10 de février 2016*, (en vigor desde octubre 2016).

<sup>958</sup> La redacción del art. 1195 del *Code Civil*, creado por la *Ordonnance n° 2016-131*, de 10 de febrero, es la siguiente: “*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*”.

<sup>959</sup> El artículo L.441-8, del *Code de Commerce* (en adelante, C. com), creado por la *Loi Hamon*, en marzo de 2014, establece la posibilidad de renegociar las condiciones de los contratos.

<sup>960</sup> Siguiendo a MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la distribution*, 3<sup>o</sup> éd. Éditions Dalloz, 2015, Paris Cedex 14, p. 144.

<sup>961</sup> Así lo expone KAHN, Ph. “Force majeure et contrats internationaux de longue durée”, en *Essays in tribute to Wolfgang Friedmann*, 1979, p. 182.

renegociación bilateral de los contratos para evitar un desequilibrio significativo entre las partes.

También se podrá proceder a la extinción de las relaciones distributivas si las consecuencias derivadas del cambio de circunstancias desestabilizaran económicamente en exceso a uno de los contratantes<sup>962</sup>. Y, en particular si el distribuidor no puede hacer frente a la adquisición de bienes del proveedor para su posterior comercialización e incumpliendo así los términos del contrato. En este supuesto, el proveedor podría instar la finalización del contrato sin que tal terminación implique el deber de compensar económicamente al distribuidor, que se quedaría sin proveedor y sin mercancía.

- b) Por otra parte, el aumento de los costes de producción y la correspondiente reducción de beneficios de los proveedores es otro de los aspectos de mayor relevancia que puede provocar un desequilibrio económico sobrevenido<sup>963</sup> en los contratos de distribución<sup>964</sup>.

Como anticipación ante este posible desequilibrio, no es infrecuente que las partes pacten una cláusula que atribuya el riesgo de un evento en particular que pueda afectar al cumplimiento de cualquiera de ellos, concretamente al deudor<sup>965</sup>. Aunque en los contratos de distribución el aumento de los costes de producción se puede ver afectado por múltiples y variadas circunstancias, resultaría conveniente que las partes identificaran los riesgos que podrían propiciar un aumento de los costes de adquisición y su dificultad de cumplimiento. A modo ilustrativo, destacan la huelga, los vaivenes económicos en el precio del transporte o el incremento del precio de las materias primas, además de otras incidencias que puedan suscitarse y contribuir al incremento del coste de producción final del bien o servicio.

---

<sup>962</sup> De nuevo, Christou insiste en la importancia del principio de libertad contractual que permite a los contratantes determinar en qué supuestos se puede proceder a la terminación del contrato de distribución, si la operación de comercialización de bienes y servicios resulta demasiado gravosa para una de las partes. CHRISTOU, R., *Op. cit.*, 2011, p. 50.

<sup>963</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Op. cit.*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 178 y ss.

<sup>964</sup> Es de la misma opinión, CHRISTOU, R., *Op. cit.*, Thomson Reuters, 2011, London, pp. 49 y ss.

<sup>965</sup> Como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Op. cit.*, p. 178.

-En esta línea, cabe traer a colación el *caso Volkswagen*, en el que la falta de suministro de asientos y cajas de cambio por parte de sus proveedores obligó a la paralización de la producción de algunos de sus modelos más demandados de la firma incrementándose así el coste total de su producción<sup>966</sup>. Aunque tal paralización no implicó la imposibilidad de fabricación de sus vehículos, el cumplimiento del concedente para con los concesionarios requirió una búsqueda alternativa de proveedores; lo que supuso unos gastos extras de producción que aumentaron el coste de producción final del producto. Y su vez, generó una situación gravosa para el concedente además de una dificultad de cumplimiento o incluso, un suministro tardío para con sus concesionarios. Por tales motivos, nos hallamos ante un ejemplo de excesiva onerosidad o *hardship*.

Por otra parte, también parece razonable la necesidad de incluir entre los supuestos de excesiva onerosidad o *hardship* la disminución de la prestación que reciba la contraparte como consecuencia del incremento de los costes de producción. En este sentido, puede criticarse a la doctrina la mayor onerosidad en los contratos, puesto que sólo contempla el riesgo que perjudica a quien comercializa los bienes y servicios<sup>967</sup>.

El incremento de los costes de producción al que debe hacer frente el proveedor o concedente en las relaciones distributivas provocará la reducción de los beneficios que ambas partes esperaban obtener en el momento de la perfección del contrato. Por tanto, aunque se renegocien los términos del contrato conforme a lo establecido en la cláusula de estabilización, ambas partes resultarán patrimonialmente perjudicadas.

---

<sup>966</sup> Este supuesto trata de un hipotético supuesto de extinción de contratos de distribución (concesión mercantil) provocado por un desistimiento unilateral por parte de la compañía automovilística (*Volkswagen*) con sus proveedores de cajas de mandos y asientos (*Cartrim* y *Es Automobilguss*). Según estas empresas, Volkswagen incumplió el periodo de preaviso establecido en el contrato, por lo que le reclaman a la concedente una indemnización de daños y perjuicios. Por su parte, Volkswagen argumenta que ejercitó el desistimiento unilateral *ad nutum* correctamente, además de alegar que la empresa proveedora ha incumplido el contrato de distribución que le obligaba a la entrega de las citadas mercancías. El supuesto hipotético de excesiva onerosidad o *hardship* se produce porque Volkswagen ha debido afrontar una situación más gravosa de lo que razonablemente pudo prever en el momento de negociar su contrato con los concesionarios de la marca. Para profundizar, véase <http://www.elmundo.es/motor/2016/08/19/57b7427fe2704ef50a8b45dc.html> (consultado el 22.08.2016) y <http://www.elmundo.es/motor/2016/08/22/57bae179468aeb4a508b45af.html> (consultado el 22.08.2016).

<sup>967</sup> Del mismo modo que Parra Lucán sostiene que “*un reproche que cabe hacer a la doctrina de la mayor onerosidad es que sólo contempla el riesgo que perjudica a quien debe pagar y se dirige en exclusiva a aligerar su responsabilidad*”. En este sentido, la autora incide en la necesidad de reivindicar el supuesto del incremento inesperado y excesivo y de beneficio de una parte frente a la alteración de circunstancias sobrevenidas. Así, PARRA LUCÁN, M.Á., *Op. cit.* Barcelona, Octubre 2015, p.27.

Una vez expuesta la falta de regulación de la excesiva onerosidad en el Derecho español, su contemplación en algunos ordenamientos continentales y en las propuestas de los textos *Soft Law* para la armonización del Derecho de contratos, se va a exponer cuál es la posición jurisprudencial al respecto; tanto si las partes han previsto cláusulas de estabilización que modifiquen los términos del contrato o, se proceda a la extinción.

En línea con lo anterior, la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el desequilibrio económico sobrevenido en los supuestos de excesiva onerosidad como consecuencia del incremento de los costes de producción o situaciones de gravosa dificultad de cumplimiento en algunos de sus pronunciamientos<sup>968</sup>. Entre los supuestos relativos a los contratos mixtos de suministro o de compraventa de mercaderías destacan los siguientes casos:

-A modo de inicio, destaca la STS, de 4 de junio de 1902<sup>969</sup> que, a pesar de tratarse de un precedente jurisprudencial bastante lejano en el tiempo, trae a colación un ejemplo muy apropiado al contexto teórico expuesto. Se trata de un contrato de suministro de algodón en el que el proveedor vino a alegar el aumento del coste de producción de sus productos como consecuencia del estallido bélico entre España y Estados Unidos. Tal circunstancia llevó al proveedor a incumplir su obligación de entregar en plazo los rollos de algodón hilado alegando un supuesto de fuerza mayor. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que el aumento de precios, que supuso a su vez el incremento de los costes de producción, no era consecuencia de un caso de fuerza mayor sino del factor riesgo que se encuentra implícito en los contratos mercantiles que, en nuestra opinión, se ajusta a un supuesto de excesiva onerosidad. Por lo que no se trataba de un supuesto de fuerza mayor, teniendo en cuenta que “*las circunstancias*

---

<sup>968</sup> Para profundizar, vid. las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1953 (contrato de compraventa a plazos), de 17 de mayo de 1957 (contrato de suministro), de 27 de junio de 1984 y de 27 de mayo de 2002 (contratos de compraventa de mercaderías) en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Op.cit.*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 179 y ss.

<sup>969</sup> En relación con la STS, Sala Primera, de 4 de junio de 1902, MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. y MARTÍNEZ ALCUBILLA, A., *Boletín jurídico-administrativo*, Apéndice de 1902, (Jurisprudencia civil), Madrid, 1902, pp. 804-805.

*no le habían impedido seguir con su actividad y había dispuesto de existencias para cumplir en plazo*<sup>970</sup>.

-En segundo término, La STS de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957\2164) es un pronunciamiento relativo al contrato de suministro de envases, que fue suspendido durante la guerra civil española. Una vez concluida, el proveedor exigió la reanudación del suministro, pero el deudor solicitó la extinción del contrato alegando la dificultad para su cumplimiento. Sin embargo, lo más relevante de esta resolución será su función epistemológica, en la medida que sentará las bases de la posición jurisprudencial relativa a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, y a sus posibles efectos prioritarios, entre los que no se encuentra la extinción del contrato. De hecho, es destacable la posición jurisprudencial restrictiva del Alto Tribunal respecto de la aplicación de la *rebus sic stantibus* puesto que entiende que el contrato es revisable o modificable, pero no resoluble. La extinción es un remedio excesivo y no resulta necesario siempre que el contrato pueda conservarse. Del presente pronunciamiento pueden extraerse también las conclusiones siguientes:

*“A) Que la cláusula «rebus sic stantibus» no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su*

---

<sup>970</sup> “...Constatando que la guerra de los Estados Unidos de América no impidió a la razón social Enrique Arís entregar a D. Bartolomé Rovirola los rollos de algodón hilado en la cantidad y plazos convenidos, puesto que en la sentencia recurrida se afirma que durante el periodo de la guerra hubo siempre en la plaza de Barcelona una existencia considerable de algodón, que durante el mismo período siguieron trabajando las fábricas, y que el único desequilibrio que se produjo fue debido al aumento considerable en los precios de la primera materia es indudable, porque esta última circunstancia no determine la fuerza mayor, implicando tan solo el elemento aleatorio que acompaña por lo regular a los contratos mercantiles, que la Sala sentenciadora, al establecer que la guerra mencionada no constituye el caso de fuerza mayor pactado en la convención” (Ponente: Pedro Lavin). Para ampliar, MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. y MARTÍNEZ ALCUBILLA, A., *Boletín jurídico-administrativo*, Apéndice de 1902, (Jurisprudencia civil), Madrid, 1902, p. 805.

*celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias imprevisibles; y e) En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones”.*

-Finalmente, se trae a colación la STS, Sala Primera, de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002\4573) relativa a un contrato de suministro en la que un fabricante proveedor de moldes, debe afrontar un coste mayor al estimado en el momento de la celebración del contrato consecuencia de un error de previsión inicial. El proveedor que no asumió dicho riesgo en el contrato, aun siendo profesional, solicitó la revisión del contrato mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* alegando la producción de un hecho sobrevenido. Por su parte, la parte compradora se opuso a tal pretensión alegando tanto su falta de previsión como la falta de entrega de los moldes en el término pactado. Por lo que solicitó al Alto Tribunal tanto la resolución del contrato como la restitución del precio adelantado. Este supuesto no supondría un ejemplo de excesiva onerosidad para el proveedor en la medida que debió prever tal circunstancia mientras que, tal comportamiento erróneo del proveedor y su cumplimiento tardío supuso un daño para el comprador, que tuvo que encargar los moldes restantes a un tercero y abonar su sobrecoste. Por tal motivo, el Tribunal Supremo estimó que, dada su condición de profesional, la asunción del riesgo debía recaer sobre el proveedor rechazando, por tanto, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* que permitía la revisión del contrato y admitiendo la resolución por incumplimiento propuesta por el comprador, habida cuenta que la fecha de cumplimiento era un elemento esencial del contrato.

## 2.2. Cláusulas de fuerza mayor

A diferencia de las cláusulas de *hardship* o excesiva onerosidad, las partes optan por la introducción de estipulaciones de fuerza mayor en los contratos duraderos con la finalidad de hacer frente a las diferentes circunstancias sobrevenidas y no previsibles al tiempo de la celebración del contrato que pueden afectarles durante su ejecución hasta el punto de impedir su cumplimiento<sup>971</sup>. Tal circunstancia, que se produce después de la firma del contrato y antes de su ejecución, motiva el incumplimiento del pacto en razón de su causa y sus efectos. Por lo que se permite a las partes la revisión de los términos del contrato o su extinción, pudiendo incluso exonerar de responsabilidad a cualquiera de sus partes<sup>972</sup>.

La internacionalización de los contratos de distribución ha implicado que este tipo de pactos se hallen todavía más expuestos al acontecimiento de hechos impredecibles de fuerza mayor. En este sentido, el número de variables que afectan al riesgo de su posible cumplimiento es considerablemente superior. Y, por consiguiente, las cláusulas de fuerza mayor resultan del todo convenientes “*cuanto mayor sea la duración del contrato*<sup>973</sup> *o mayores riesgos implique el escenario geográfico de ejecución*”<sup>974</sup>. De hecho, tanto el espacio como el tiempo son dos factores que pueden modificar considerablemente los términos de ejecución del contrato respecto de los que fueron pactados en el momento de su perfección.

---

<sup>971</sup> Por todos, SÁNCHEZ LORENZO, S.A., (Coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Ed. Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2012, pp. 405 y 411. De hecho, profundizando en los efectos liberatorios de la fuerza mayor, CARRASCO PERERA advierte que se producen dos efectos exoneratorios para el deudor, que son: la extinción -o suspensión- de la obligación, además de no deber responder de los daños que el incumplimiento material cause al acreedor. CARRASCO PERERA, À., “Permitame que le cuente la verdad sobre la Covid-19 y Fuerza Mayor”, *Publicaciones Jurídicas, Centro de Estudios de Consumo*, abril 2020, p.1.

<sup>972</sup> Para profundizar en la redacción de algunas cláusulas de fuerza mayor acordadas en diferentes contratos internacionales, en los que se exonera de responsabilidad a las partes, principalmente, al deudor. Vid. KAHN, Ph. “Force majeure et contrats internationaux de longue durée”, en *Jus et Societas, Essays in tribute to Wolfgang Friedmann*, 1979, pp. 193 y ss.

<sup>973</sup> Por todos, KAHN, Ph. *Op. cit.*, 1979, p. 182.

<sup>974</sup> Así, Sánchez Lorenzo expone que existen tres causas diferenciadas de imposibilidad material para llevar a cabo el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos internacionales por causas ajenas a la voluntad o a la propia disposición del deudor. Estas son las siguientes: imposibilidad física, imposibilidad personal e imposibilidad legal. Para ampliar, SÁNCHEZ LORENZO, S.A., (Coord.), *Op. cit.*, Barcelona, 2012, p.420.

La previsión de estas cláusulas en los contratos de distribución permite la protección de las partes frente a una imposibilidad material de cumplimiento<sup>975</sup> o imposibilidad legal derivada de sanciones internacionales o prohibiciones de exportación<sup>976</sup>. De este modo, se exonerará a los contratantes de responsabilidad si finalmente concurrieren las circunstancias de fuerza mayor, que, se identifican con la imposibilidad de cumplimiento.

La casuística que rodea a los supuestos de fuerza mayor es muy amplia y en ocasiones, el *onus probandi* derivado de la imposibilidad de cumplimiento ante un hecho no previsible puede resultar complejo, y no debe confundirse con supuestos de excesiva onerosidad. En este sentido, la frontera que separa ambos conceptos (excesiva onerosidad y fuerza mayor) es, en la práctica, muy estrecha. Así, la excesiva onerosidad o *hardship* implica una dificultad o situación más gravosa para el contratante que debe cumplir la prestación pactada al tiempo que la fuerza mayor hace inviable el cumplimiento de la prestación. Y, por tanto, las cláusulas de fuerza mayor requieren una redacción minuciosa, que dependerá de la voluntad o intereses de las partes, y, muy especialmente, del ordenamiento jurídico por el que se rija el contrato<sup>977</sup>.

---

<sup>975</sup> La introducción de las cláusulas de fuerza mayor es vital para poder determinar el contenido de un concepto jurídico indeterminado. Es de la misma opinión, en los contratos de distribución, SIURANETA I PÉREZ, D., *Contratos mercantiles más frecuentes en la empresa*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2006, p. 220.

<sup>976</sup> En lo relativo a la distribución (exportación e importación) de productos tecnológicos, BELL, J., “The effect of Changes of Circumstances on Long-term Contracts”, (English Report), *Contract Law Today*, Oxford University Press, Oxford, 1989, p. 206.

<sup>977</sup> A modo ilustrativo, se introduce una cláusula de fuerza mayor prevista en un modelo de contrato de distribución:

*“FUERZA MAYOR: El retraso en el cumplimiento o el no cumplimiento de cualquier obligación de LA COMPAÑÍA o de LA DISTRIBUIDORA no será considerado una omisión en el cumplimiento o un incumplimiento del contrato si ello obedece a causas de fuerza mayor y la parte afectada ha avisado por escrito a la otra parte al respecto.*

*A los efectos del presente contrato, por “fuerza mayor” se entenderá: inundación, incendio, explosión, avería en la planta de producción, huelga, cierre patronal, conflicto laboral, guerra (declarada o no), revolución, disturbio civil, actos de enemigos públicos, bloqueo, embargo o cualquier mandato, ley, orden, proclamación, regulación, ordenanza, demanda o petición de cualquier Gobierno o de cualquier subdivisión o representante del mismo, o cualquier otra causa, similar o no a las enumeradas, que esté fuera del control de la parte que esté involucrada (si bien la falta de fondos no será considerada una causa válida a los efectos de la presente definición). La parte afectada por la fuerza mayor hará lo posible para eliminar la causa que la haya ocasionado, y la exigibilidad de la obligación cuyo cumplimiento se haya visto afectado por la fuerza mayor se suspenderá hasta tanto en cuanto la dicha fuerza mayor impida o retrase el cumplimiento más por un plazo adicional de 10 días; sin perjuicio, no obstante, de que nada de lo aquí previsto obligará a ninguna de las partes a solucionar cualquier huelga o conflicto laboral contra su voluntad”. Para profundizar, SIURANETA I PÉREZ, D., *Contratos mercantiles más frecuentes en la empresa*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2006, pp. 231-232.*

En Derecho español, los contratantes se rigen por la regla general del caso fortuito que, establecida en el artículo 1105 del CC<sup>978</sup> dispone lo siguiente: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

Considerando su contenido, de este precepto se desprende que los supuestos de fuerza mayor deben ser del todo imprevisibles, y, que el cumplimiento de las obligaciones pactadas resulte físicamente imposible. Se trata, por tanto, de aquellos casos inesperados, que están fuera del pronóstico de cualquier persona media. Hasta el punto de no poder ser razonablemente introducidos por las partes en el momento de la celebración del contrato<sup>979</sup>. Se trata de supuestos imprevisibles de carácter meteorológico, bélico o político<sup>980</sup>. Aunque según Sánchez Lorenzo también tienen cabida los actos públicos legales o ilegales relacionados con la expropiación, confiscación o decomiso conforme a cualquier ley, además de los conflictos laborales colectivos, huelga o cierre patronal<sup>981</sup>.

La imprevisibilidad implica la imposibilidad de proceder a la modificación de circunstancias. De lo contrario, tal modificación hubiera podido ser prevista por el deudor, que no podría liberarse del riesgo de la contingencia y, debería cumplir el contrato en los términos pactados<sup>982</sup>.

Una vez determinados cuáles serían los posibles supuestos de fuerza mayor, cabe plantearse si es conveniente la introducción de estas cláusulas para exonerar de responsabilidad a las partes ante su concurrencia y, si dichas estipulaciones pueden afectar o no la pervivencia o extinción del contrato.

---

<sup>978</sup> Por todos, GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Fuerza Mayor”, *InDret 2/2020, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2020, p.5.

<sup>979</sup> Así lo expone CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, p. 1010.

<sup>980</sup> En opinión de KAHN, Ph. “Force majeure et contrats internationaux de longue durée”, en *Jus et Societas. Essays in tribute to Wolfgang Friedmann*, 1979, p. 184.

<sup>981</sup> Además de los casos expuestos, Sánchez Lorenzo enumera una relación de supuestos de fuerza mayor pormenorizada, entre los que se incluyen las guerras o conflictos armados, el bloqueo, los embargos militares o invasiones, las revoluciones o rebeliones, las usurpaciones militares, la insurrección, los disturbios civiles o actos vandálicos de desobediencia civil, los actos de terrorismo, el sabotaje o piratería, explosiones, incendios, destrucción de máquinas y factorías, avería prolongada de los medios de transporte, telecomunicación o corriente eléctrica, catástrofes, plagas, epidemias y otros desastres naturales. SÁNCHEZ LORENZO, S.A., (Coord.), *Op. cit.*, Barcelona, 2012, pp. 407 - 408.

<sup>982</sup> Por todos, CARRASCO PERERA, Á., *Op. cit.*, Navarra, 2010, p. 1010.

- a) La respuesta al primer planteamiento ha variado como consecuencia de los efectos de la COVID-19 en la contratación mercantil. De hecho, resulta evidente que, desde marzo de 2020, ya no se celebran contratos de cierta complejidad que prescindan de una cláusula de fuerza mayor que ofrezca una posible solución contractual<sup>983</sup>. En este sentido, será frecuente que las partes prevean expresamente la liberación de los contratantes si concurriera cualquier circunstancia de fuerza mayor. De hecho, tal y como advierte el art. 1105CC las partes no deberán responder de aquellos sucesos imprevisibles que impidan el cumplimiento de las prestaciones motivados por tal naturaleza de supuestos. Por tal motivo, conforme dispone el citado artículo del Código Civil, no es preciso que las partes hayan dispuesto expresamente en el contrato una cláusula de exoneración de la responsabilidad puesto que se considera implícitamente incorporada. Sin embargo, sí sería de utilidad en el caso de falta de acuerdo o de apreciación por las partes.

Ahora bien, si los contratantes han pactado una cláusula de fuerza mayor, se debe estar a lo dispuesto expresamente en el contrato con las limitaciones que impone el artículo 1255 CC<sup>984</sup>. No se puede, por tanto, exigir a los contratantes el cumplimiento del contrato en supuestos de imposibilidad legal<sup>985</sup>. Aunque la imposibilidad legal no conlleva el impedimento de cumplir la obligación, su cumplimiento puede generar una conducta ilícita, que es contraria a la prohibición legal<sup>986</sup>. Por lo que la exigencia de cumplimiento de los contratos en supuestos de

---

<sup>983</sup> Siguiendo a GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Op. cit.*, Barcelona, 2020, p.1.

<sup>984</sup> El artículo 1255 CC, relativo al principio de autonomía de la voluntad, establece que: “*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”.

<sup>985</sup> Como indica Sánchez Lorenzo, una posible redacción de las cláusulas de fuerza mayor que exoneren de responsabilidad a las partes de un contrato internacional de distribución sería la siguiente: “*Ninguna parte será responsable frente a la otra por retraso en el cumplimiento de sus obligaciones conforme al presente contrato, en la medida que tal retraso sea provocado o atribuible a fuerza mayor. La parte que alegue cualquier hecho constitutivo de fuerza mayor debe notificarlo por escrito a la otra parte sin dilación, junto con una prueba suficiente de tal hecho, y estará obligado a adoptar las medidas razonables para limitar los efectos del hecho invocado sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales*”. Para profundizar, SÁNCHEZ LORENZO, S.A., (Coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Ed. Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2012, pp. 405-406. El artículo 1255 CC, relativo al principio de autonomía de la voluntad, establece que: “*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”.

<sup>986</sup> SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Op. cit.*, Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2009, p. 667.

imposibilidad legal carece de validez. O, dicho de otro modo, dejaría sin efecto la cláusula expresamente acordada por los contratantes.

Una solución similar a la que se ofrece en nuestro ordenamiento jurídico se produce en los sistemas legales del *Common Law*, concretamente en el Derecho inglés o estadounidense, donde se reconoce el principio de exoneración de la responsabilidad contractual en caso de incumplimiento de la obligación por imposibilidad legal<sup>987</sup> o declaración de guerra. Ambos impedimentos actúan como límites al principio libertad contractual (*principle of freedom of contracts*) en supuestos de fuerza mayor en la medida que, de preverse por las partes, las cláusulas se tendrían por no puestas. Se entiende que tales estipulaciones no surtirían efecto alguno puesto que su ejecución promocionaría conductas ilícitas tales como las que identifican, por ejemplo, con el consumo de alcohol en periodos de la denominada Ley seca estadounidense<sup>988</sup>. Del mismo modo, se estimó en el caso *Ertel Bieber & Co. V. Rio Tinto Co., Ltd [1918]*, relativo a un contrato internacional de suministro de azufre en tiempos de guerra (Primera Guerra Mundial) entre la firma alemana *Ertel Bieber* y la compañía inglesa *Rio Tinto*, cuyo contenido se celebró conforme al Derecho inglés<sup>989</sup>.

- b) En segundo término, se ha planteado cómo afectan dichos supuestos previstos en las cláusulas de fuerza mayor para la continuación o terminación del contrato. Con todo, para responder a tal cuestión convendría determinar cuándo se podrá dar por finalizado el contrato en nuestro ordenamiento jurídico. Como es sabido, la fuerza mayor genera la imposibilidad definitiva y objetiva de cumplimiento. Esto es, que no se trate de un supuesto de imposibilidad transitoria ni temporal, y que impida

---

<sup>987</sup> Por ejemplo, SÁNCHEZ LORENZO, cita a modo ilustrativo el supuesto de *Saloon Cases*, por los que se llevaba a cabo la prohibición del consumo y distribución de alcohol durante la ley seca en EEUU. Por tal motivo, se llevó a la frustración del contrato de arrendamiento de locales únicamente utilizados para esa finalidad). Siguiendo a SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2012, p. 413

<sup>988</sup> Siguiendo a SÁNCHEZ LORENZO, S.A., “La frustración del contrato”, *Derecho contractual comparado, Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2009, p. 694.

<sup>989</sup> En el asunto *Ertel Bieber & Co. V. Rio Tinto Co., Ltd [1918]*, la causa de frustración del contrato por motivos de fuerza mayor (el estallido de la guerra entre los dos países contratantes) afectó al cumplimiento del contrato de suministro, que se vio sorprendido por el comienzo de la guerra entre las partes. El proveedor obligado a suministrar azufre al adquirente, podía dejar de ejecutar la prestación desde la declaración del inicio de la contienda bélica quedando, a su vez, exento de responsabilidad.

cumplir a cualquiera de los contratantes<sup>990</sup>. O, dicho de otro modo, aquel “acontecimiento que torna irrealizable la prestación comprometida, al margen de las circunstancias concretas del momento y con independencia de que se contemple la persona del deudor u otra persona”<sup>991</sup>.

Una vez acreditada la imposibilidad sobrevenida, se extingue la obligación de la prestación adquirida siempre que, además de cumplir con lo establecido en el mencionado art. 1105 CC, se den, además, los requisitos establecidos en el art. 1184 CC<sup>992</sup>, -en relación con el art. 1182 del mismo texto legal-, que establece: “También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”.

Dicho lo anterior, y en los tiempos de pandemia que nos ha tocado vivir, resulta conveniente plantearnos si la COVID-19 se puede identificar con una contingencia de fuerza mayor en las relaciones distributivas. Independientemente de la conveniencia del interrogante formulado<sup>993</sup> y en el contexto tan específico al que se ha hecho mención, su respuesta se halla en la naturaleza y propias características de los contratos de distribución. Por tal motivo, si las partes han contraído unas obligaciones personalísimas derivadas del intuitu de las relaciones distributivas, y el COVID es un virus que afecta a la salud de las personas impidiéndoles el normal desempeño de las prestaciones personales; en este contexto, la COVID es una enfermedad o una causa de muerte que resulta un

---

<sup>990</sup> Para ampliar, DE PABLO CONTRERAS, P., “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.Á., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, 3ª Ed., Madrid, 2011, p. 194.

<sup>991</sup> Siguiendo el concepto de imposibilidad emitido por Ángel Cristóbal Montes y la STS, Sala Primera, 12 de marzo de 1994, recogido por De Pablo Contreras. Para profundizar, DE PABLO CONTRERAS, P., *Op. cit.*, 2011, p. 195.

<sup>992</sup> En relación con la extinción de las obligaciones en supuestos de fuerza mayor, conforme al Derecho español, cabe citar los artículos 1182 y 1184 del CC. Por su parte el art. 1182 dispone que: “Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora”. Por su parte, el art. 1184 CC dispone que “también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”.

<sup>993</sup> Para profundizar, resulta interesante el análisis que CARRASCO PERERA realiza sobre la COVID-19 como contingencias propia o impropia de fuerza mayor. CARRASCO PERERA, “Permítame que le cuente la verdad sobre la Covid-19 y Fuerza Mayor”, *Publicaciones Jurídicas, Centro de Estudios de Consumo*, abril 2020, pp.5-8.

supuesto de fuerza mayor. Y, según los casos, resulta una alteración sobrevenida de circunstancias que supone una causa de extinción de los contratos de distribución.

Sin embargo, la claridad de la respuesta será menos evidente en aquellos contratos en los que la prestación personal no es un supuesto de *intuitu personae* en los que el distribuidor, no es el único encargado de proceder a la comercialización de bienes del proveedor, sino que se apoya en la estructura corporativa de un grupo empresarial. Por lo que se trata de un contrato concluídos en virtud del *intuitu instrumenti*. En tales supuestos, cabe determinar si la COVID -como enfermedad ahora mucho más leve que en 2020 – es o no una contingencia de fuerza mayor. Tal diferencia reside en los matices que presenta el *intuitu*; distinguiendo entre *intuitu personae* (en el individuo), o bien, en el *intuitu instrumenti* (en la persona jurídica que desempeña tal actividad)<sup>994</sup>. Con todo, no se va a profundizar ahora sobre los efectos de ambas relaciones personalísimas como causa de extinción de las relaciones distributivas, sino que se profundizará en este punto en el capítulo siguiente.

Independiente de lo expuesto, existen diferencias notables entre los distintos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno ante la extinción de los contratos como consecuencia de la producción de un supuesto de fuerza mayor<sup>995</sup>. En el Derecho comparado, concretamente en ordenamientos jurídicos continentales como el francés o el belga, los supuestos de fuerza mayor serán difíciles de acreditar considerando la rigidez de ambos sistemas. Por tal motivo, no resultará fácil proceder a la extinción del vínculo contractual<sup>996</sup> salvo que concurra un supuesto de fuerza mayor acreditado; que habilitará a cualquiera de las partes a resolver el contrato sin necesidad de respetar el plazo de

---

<sup>994</sup> Sobre los efectos del intuitu como causa de extinción de los contratos de distribución nos detendremos en el capítulo siguiente de la II parte de este trabajo de investigación. Por otra parte, a modo de ejemplo, destaca la visión expuesta recientemente por CARRASCO PERERA, que indica lo siguiente: Cuestión distinta será que, como advierte CARRASCO PERERA, “*si un autónomo no puede, por causa del virus, pintar tu casa, es FM. Si una empresa de pintura dice tener todos sus empleados de baja por el virus, no es FM “propia”*”. CARRASCO PERERA, *Op. cit.*, abril 2020, p. 6.

<sup>995</sup> KAHN, Ph., *Op. cit.*, 1979, pp. 194-195 y en lo que respecta al tratamiento de las cláusulas de fuerza mayor en los contratos internacionales de agencia y concesión mercantil y CRAHAY, P., *Les contrats internationaux d’agence et de concession de vente*, LGDJ, 1991, p. 196.

<sup>996</sup> Así lo expone, GARCÍA CARACUEL, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Editorial Dykinson, Madrid 2014, p. 181.

preaviso establecido<sup>997</sup>. Para proceder a la terminación del contrato, al igual que sucede en el Derecho español, se requiere que el cumplimiento de la prestación contraída resulte del todo imposible<sup>998</sup>. Otras particularidades del Derecho francés al respecto son que, este sistema jurídico, no suele reconocer la huelga o el cierre patronal como supuestos de fuerza mayor puesto que corresponde al empleador a solicitud de la atención de las demandas de los trabajadores<sup>999</sup>.

En los ordenamientos jurídicos del *Common Law*, particularmente en el Derecho inglés<sup>1000</sup>, resulta especialmente aconsejable la introducción de cláusulas de fuerza mayor considerando la indeterminación de la fuerza mayor (*force majeure*). En este sentido, aunque no se trate de un contrato de distribución, resulta oportuno traer a colación el caso clásico *Paradine v Jane*<sup>1001</sup>, que expone la regla del riesgo sobrevenido (*excepted risk*). En este supuesto, los tribunales obligaron al deudor a ejecutar el cumplimiento de la prestación a pesar de que ésta resultaba imposible por tratarse de un hecho ajeno a su voluntad. El motivo de tal fallo radica en la propia idiosincrasia de la cultura inglesa, que no aprueban la facultad de un tercero, -en este caso, de los tribunales- para modificar el

---

<sup>997</sup> Así lo dispone el artículo L.442-6, I 5° del *Code de commerce*, que establece: “*De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n’était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l’économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d’inexécution par l’autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d’une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l’application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d’au moins un an dans les autres cas*”.

<sup>998</sup> Así lo ponen de manifiesto Louis & Joseph Vogel, aunque advierten que el periodo de tiempo con el que un franquiciador preavisa al franquiciado debe ser el suficiente para mantener la calidad de los productos y la reputación de la marca al tiempo que le permita mantener al franquiciado su nivel de negocios. Siguiendo a Louis & Joseph Vogel, véase el asunto *CA Rennes, 28 juin 2011, (Lawlex111299)*, en VOGEL, L & J, *French Distribution Law*, Editions juridiques Bruylant, février 2015, pp. 554 y ss.

<sup>999</sup> Como señala Sánchez Lorenzo, en los contratos de distribución transfronterizos que se rijan por el Derecho francés, las partes deberán enumerar exhaustivamente los supuestos constitutivos de fuerza mayor que abarca no sólo la huelga general sino también la sectorial o particular. Para profundizar, SÁNCHEZ LORENZO, S.A., (Coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Ed. Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2012, p.413.

<sup>1000</sup> A diferencia del Derecho inglés, el Derecho estadounidense es menos rígido en lo relativo a los requisitos derivados de la imposibilidad de cumplir las prestaciones establecidas en el contrato por supuestos de fuerza mayor. Para profundizar, GARCÍA CARACUEL, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, p. 108.

<sup>1001</sup> *Vid. Paradine vs. Jane [1647] EWHC KB J5.*

contenido del contrato. Ni en lo que respecta a su concreción ni en sus omisiones. Por su parte, en cualquiera de los casos mencionados anteriormente, tanto en los supuestos de la mencionada Ley seca estadounidense (*Saloon cases*) como en el asunto *Ertel Bieber & Co. V. Rio Tinto Co., Ltd [1918]*, no parece suficiente que, para la acreditación de un supuesto de fuerza mayor y la correspondiente extinción del contrato, la ilicitud sobrevinida recaiga sobre una prestación secundaria, sino que debe afectar a la razón económica del contrato<sup>1002</sup>.

Finalmente, los supuestos de fuerza mayor en la comercialización internacional de productos se regirán por condiciones idénticas de imposibilidad sobrevinida, imprevisibles y no atribuibles a las partes según dispone art. 79 de la Convención de Viena<sup>1003</sup> (CV)<sup>1004</sup>. Por tanto, ante tales supuestos de fuerza mayor, los contratantes no tendrán la obligación de cumplir las prestaciones acordadas si se alega un impedimento de tal magnitud que resulte imposible su ejecución y ajeno a su voluntad. La introducción de una cláusula de fuerza mayor en los contratos internacionales regulados conforme a la CV tendrá la finalidad de complementar o modificar el acuerdo. Con todo, a diferencia de otros textos para la armonización del Derecho europeo de contratos<sup>1005</sup>, la CV recoge

---

<sup>1002</sup> Para ampliar, CHAMIE, J.F., “*Frustration of contract e impossibility of performance en el Common Law inglés*”, *Revista de Derecho Privado*, nº 16, 2009, Universidad Externado de Colombia, p. 192.

<sup>1003</sup> Cuando una de las partes deje de cumplir cualquiera de sus obligaciones debido a un impedimento ajeno a su voluntad que no pudo preverse en el momento de la celebración del contrato y que no se haya podido evitar o soslayar, esa parte quedará exenta de las consecuencias de su incumplimiento.

<sup>1004</sup> En este sentido, el artículo 79 de la Convención de Viena, (en adelante, CV), establece que: “1) *Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias.*

<sup>1005</sup> los textos aprobados para la armonización del Derecho europeo de contratos contienen disposiciones que regulan el tratamiento de los supuestos de fuerza mayor. Entre ellos: a) el artículo 7.1.7 PICC establece: “1) *El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.* 2) *Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un periodo de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.* 3) *La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.* 4) *nada de este artículo impide a una parte a ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.*

b) el artículo 8:108 de los PECL dispone que: 1) “*una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por un impedimento que queda fuera de su control y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias*”, 2) “*Cuando el impedimento sea tan sólo temporal, la exoneración prevista en este artículo reduce sus efectos durante el tiempo en el que persista el*

con precisión la intervención de un tercero en el incumplimiento de la prestación exigida<sup>1006</sup>.

### 2.3. Cláusulas de frustración del contrato en el Common Law

Las cláusulas de fuerza mayor pueden extenderse igualmente a supuestos de frustración del contrato (*frustration of contracts*) mediante la introducción de una cláusula adicional<sup>1007</sup> que, en aquellos sistemas legales de la órbita del *Common Law*, se aplica para algunos supuestos relacionados con la imposibilidad física de cumplir la prestación pactada en el contrato por causas de fuerza mayor.

En el *Common Law* la frustración del contrato es una de las causas de extinción de los acuerdos<sup>1008</sup> cuya terminación viene motivada por la destrucción física del objeto o de la finalidad del contrato, lo que impide su ejecución. En este sentido, mientras que la jurisprudencia británica ha seguido este fundamento para el resto de los supuestos,

---

*impedimento. Sin embargo, si el retraso se tradujera en un incumplimiento esencial, el acreedor puede tratarlo en tal sentido. 3) La parte que incumbe debe asegurarse de que, en un plazo razonable desde que supo o hubiera debido enterarse de dichas circunstancias, la otra parte recibe una comunicación de la existencia del impedimento y de sus efectos sobre la capacidad de la parte para cumplir su obligación. La otra parte tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios por las pérdidas que pudieran resultar de no recibir esa comunicación.*

c) Por último, el art. III.-3:104 apartado 1º de la DCFR establece (texto original en inglés): “A creditor who accepts a performance not conforming to the terms regulating the obligation may reduce the price. The reduction is to be proportionate to the decrease in the value of what was received by ...virtue of the performance at the time it was made compared to the value of what would have been received by virtue of a conforming performance”.

<sup>1006</sup> Para mayor precisión, el apartado 2 del artículo 79 de la CV establece: “2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad: a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo”.

En relación con las consecuencias del supuesto de fuerza mayor, los apartados 3, 4 y 5 de la Convención, disponen: “3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento. 26 Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías 4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción. 5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención. La exposición de los contratos de distribución a los acontecimientos y oscilaciones económicas impredecibles hace necesario el análisis de la frustración de los contratos”.

<sup>1007</sup> Siguiendo a SÁNCHEZ LORENZO, S.A., (Coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Ed. Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2012, p. 412.

<sup>1008</sup> En el *Common Law*, los contratos se extinguen (*termination*) por su cumplimiento (*performance*), incumplimiento (*breach*) o la frustración (*frustration*). Por todos, BRADGATE, R., “Termination for Breach” en BIRDS, J., *Termination of contracts*, OUP, Oxford, 1995, p. 17.

mientras que los jueces estadounidenses, han ampliado su base comprendiendo también los casos de imposibilidad económica, también denominado *commercial impracticability*<sup>1009</sup>.

No obstante, los casos más destacados en el Derecho anglosajón respecto de la frustración como causa de extinción de los contratos son poco frecuentes en la práctica, y a excepción del mencionado asunto estadounidense *Saloon Cases*, que hacía referencia a la prohibición del consumo de alcohol durante la ley seca, no hallamos en el Derecho inglés un supuesto de frustración del objeto del contrato que sirva de ilustración para un supuesto de extinción de los contratos de distribución.

- a) Aún así, se va a mencionar, el supuesto más representativo de frustración del contrato que sirve de precedente en el Derecho inglés. De hecho, el caso *Krell v Henry [1903]*<sup>1010</sup>, uno de los litigios también conocidos como *Coronation cases*<sup>1011</sup>, relativos a los contratos de arrendamiento de algunos balcones y terrazas situadas entre la abadía de Westminster y el palacio de Buckingham. La finalidad del contrato era la de ser testigo de los festejos y el desfile militar organizado el día de la coronación del monarca Eduardo VII. Sin embargo, el monarca enfermó y la procesión tuvo que ser suspendida. En este supuesto se expone cómo la frustración del contrato no se debe únicamente a la destrucción física del objeto sino que también puede frustrar los fines comerciales del contrato<sup>1012</sup>. Como indica Beale sirve también para ilustrar los estrechos márgenes en los que opera la doctrina de la frustración actualmente<sup>1013</sup>.

---

<sup>1009</sup> Para profundizar, CHAMIE, J.F., “Frustration of contract e impossibility of performance en el Common Law estadounidense”, *Revista de Derecho Privado*, nº 18, 2010, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 101.

<sup>1010</sup> Véase el caso *Krell v Henry [1903] 2, K.B., 740,751*.

<sup>1011</sup> Entre los denominados casos de la Coronación (*Coronation Cases*) relativos a la doctrina de la frustración del contrato en el Derecho inglés destacan los siguientes: *Krell v Henry [1903]* y *Chandler v Webster [1904]*.

<sup>1012</sup> En el caso *Krell v Henry* aunque las partes no habían determinado la finalidad del contrato (contemplación del desfile) parece evidente que los contratantes supieran cuál era motivo por el que se celebró el contrato de arrendamiento. Una vez desaparecido el motivo (la causa del contrato), el contrato quedaba frustrado. El tribunal falló que al no producirse la coronación, el contrato quedaba sin causa. Para ampliar, GARCÍA CARACUEL, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 69-73.

<sup>1013</sup> En opinión de BEALE, H., Chapter 23 “Frustration of contracts” *Chitty of Contracts*, 31<sup>st</sup> ed., Sweet & Maxwell, London, 2012, p. 1653.

- b) En lo que respecta al Derecho estadounidense, destacan los casos relativos a los contratos de arrendamiento de locales para proceder a la distribución de bebidas alcohólicas durante el periodo relativo a la Ley seca (*Prohibition*)<sup>1014</sup>. Los acuerdos de arrendamiento de salones para el consumo de alcohol se extinguieron al verse frustrado la finalidad económica del contrato, esto es, la distribución de bebidas alcohólicas desde 1920 hasta 1933. Así las cosas, concurren circunstancias sobrevenidas que, si bien, no hacen imposible la ejecución del contrato, sí que afectan a la voluntad económico-jurídica del pacto<sup>1015</sup>.

Sin embargo, lo más representativo de la frustración de los contratos en el Derecho estadounidense afecta al concepto de la imposibilidad de cumplimiento de las prestaciones establecidas en los acuerdos. La imposibilidad de cumplimiento (*impossibility of performance*) es el punto de partida que hace inviable que uno de los contratantes cumpla la prestación fijada en el contrato. Se trata de supuestos que ponen fin al contrato causados por una imposibilidad material personal –relativa a obligaciones *intuitu personae*- o bien, por una imposibilidad jurídica impuesta por la intervención estatal – como el supuesto de la prohibición de distribución de bebidas alcohólicas durante la Ley seca. Además, el sistema jurídico norteamericano desarrolla un concepto jurídico adicional denominado *impracticability*, en el que se puede ejecutar la prestación, pero resulta jurídica o materialmente imposible. Por consiguiente, mientras que la imposibilidad (*impossibility*) parte de un criterio objetivo, la impracticabilidad (*impracticability*) se caracteriza por un aspecto subjetivo<sup>1016</sup>. Por último, cabe añadir la imposibilidad material física que hace inviable la finalidad del contrato por la destrucción física de su objeto o la frustración de su causa (*frustration of purpose*). Este último supuesto es la evolución natural del Derecho inglés al estadounidense basado en la teoría que inspiró al caso *Krell v Henry*<sup>1017</sup>.

---

<sup>1014</sup> Para profundizar, SÁNCHEZ LORENZO, S.A., (Coord.), *Op. cit.*, Barcelona, 2012, p. 413.

<sup>1015</sup> Como indica SÁNCHEZ LORENZO, S.A., “La frustración del contrato”, *Derecho contractual comparado, Una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2009, p. 413.

<sup>1016</sup> Así lo expone acertadamente GARCÍA CARACUEL, M., *Op. cit.*, Madrid, 2014, pp. 109-112.

<sup>1017</sup> Por todos, GARCÍA CARACUEL, M., *Op.cit.*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 110 y ss.

### 3. Ante la falta de previsión expresa en el contrato de cláusulas de estabilización:

Como se ha advertido anteriormente, en defecto de normativa aplicable sobre de la modificación sobrevenida de circunstancias y de cláusula contractual expresamente prevista por las partes, cabe plantearse tanto la exigencia de la renegociación del contrato una vez sobrevenido el cambio no previsto como remedio extrajudicial. O bien, de forma alternativa, acudir a los tribunales si el subsiste el conflicto, aunque la opción de posponer la solución al fallo que determinen los jueces y tribunales puede resultar arriesgado e ineficiente<sup>1018</sup>. Tanto porque será un tercero ajeno a las partes quién aporte una solución al conflicto planteado como porque, ante supuestos de falta de liquidez causadas por las contingencias derivadas de una crisis sanitaria como la COVID-19, la resolución judicial que determine el cumplimiento de las obligaciones exigibles llegará demasiado tarde.

#### 3.1. ¿Puede una parte exigir la renegociación del contrato una vez sobrevenido el cambio no previsto?

En línea con lo anterior, se va a exponer en este epígrafe si, en defecto de pacto, la parte perjudicada tiene la facultad de exigir a su contraparte la renegociación del contrato ante un cambio sobrevenido inevitable y no previsto.

Como es sabido, el punto de partida en este supuesto es la regla general consolidada de la aplicación del principio *pacta sunt servanda*, que implica la fidelidad a las disposiciones pactadas en el contrato. En este sentido, la máxima generalizada es que las partes son las encargadas de confeccionar el pacto, debiendo abordar las circunstancias que podrían afectar al mismo y, sólo a ellas les corresponde afrontar su falta de previsión<sup>1019</sup>. Particularmente, si la parte perjudicada es un profesional que debió prever el riesgo, y si no lo hizo, como se ha mencionado, quedará de su cuenta<sup>1020</sup>. Por tanto, este es el supuesto que nos ocupa en los contratos de distribución, cuyas partes son los empresarios profesionales encargados de suscribir los acuerdos.

---

<sup>1018</sup> Como acertadamente expone GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Op.cit.*, Barcelona, 2020, pp. 8 y ss.

<sup>1019</sup> Siguiendo a Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, 6ª ed. Thompson Civitas, Madrid, 2008, p. 1055.

<sup>1020</sup> Es de la misma opinión, PARRA LUCÁN, M.Á., *Op. cit.*, 2015, p. 23.

El respeto al principio *pacta sunt servanda* garantiza la seguridad jurídica para la ejecución de los contratos, y su principal fundamento. Sin embargo, no es cuestión debatida que la fidelidad a los términos establecidos en el contrato puede provocar también unas consecuencias claramente injustas para una de las partes si se produce una alteración de circunstancias sobrevenidas<sup>1021</sup>. Especialmente, si las partes no han previsto en el contrato una cláusula de estabilización que corrija la situación. O, en su defecto, si las partes no alcanzasen un acuerdo que permita la aplicación de la *rebus*.

Ante el silencio legislativo o la falta de pacto que exija la revisión del contrato en un cambio de circunstancias<sup>1022</sup>, se puede proceder a la extinción o su modificación si se alteran imprevistamente las circunstancias en que se basó dicho acuerdo, aún sin haberlo establecido<sup>1023</sup>. Así las cosas, ha existido un importante debate acerca de la solución más razonable en los supuestos de alteración sobrevenida de circunstancias. Esto es, adaptación equitativa del contrato o bien, exigencia de los términos pactados conforme al principio de seguridad jurídica del principio de conservación de los contratos. O, ante la imposibilidad de la ejecución del contrato, proceder a su extinción. Ante la presente dicotomía, la renovación o conservación del contrato, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la modificación equitativa del contrato incluyendo, según los casos, la exclusión expresa de la eficacia resolutoria o extintiva<sup>1024</sup>.

Sin embargo, conviene precisar que la posibilidad de revisar el contrato conlleva dos consecuencias. En primer lugar, la revisión del contrato no implica la exigibilidad del cumplimiento en los términos pactados en el momento de su perfección. Y, en segundo, la revisión del contrato no genera necesariamente el alcance un nuevo acuerdo.

En defecto de pacto, no queda concretado cuál debería ser el contenido del contrato<sup>1025</sup>. En este contexto se deducen dos consecuencias para el perjudicado: la primera, que no

---

<sup>1021</sup> Por todos, DÍEZ PICAZO, L., *Op. cit.*, Madrid, 2008, pp. 1055 y 1057.

<sup>1022</sup> En este punto cabe volver a mencionar como excepción la regulación de los arts. 40 a 43 de la LAR, relativa a los contratos de arrendamientos rústicos.

<sup>1023</sup> En opinión de ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Edisofer Libros Jurídicos, 14ª ed. Madrid, 2011, pp. 467 -468.

<sup>1024</sup> Siguiendo a MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “La modificación del contrato”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C (Coord.), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.Á., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, 3ª Ed., Madrid, 2011, p. 469.

<sup>1025</sup> Siguiendo a PARRA LUCÁN, M.Á., *Op. cit.* 2015, p. 32.

tiene la obligación de permanecer en un contrato cuyo cumplimiento le resulta excesivamente gravoso, y la segunda, que la parte perjudicada no puede exigir a su contraparte la novación de un acuerdo si no le resulta satisfactorio.

En definitiva, de todo lo expuesto se desprende que en virtud del principio de la buena fe y de la equidad, las partes pueden optar por la revisión de las condiciones contractuales ante un hecho sobrevenido, no previsible e inevitable genere un desequilibrio y una situación excesivamente gravosa a cualquiera de los contratantes. Pero esta facultad no implica que la parte perjudicada pueda exigir a su contraparte una nueva prestación con la que no esté de acuerdo. Por esta razón, si subsiste tal desencuentro y ante la falta de entendimiento, las partes podrán acudir ante un tercero que resuelva su controversia, sea judicialmente o ante un árbitro.

Asimismo, la opinión doctrinal mayoritaria que igualmente comparto es que, además de proceder a la revisión del contrato ante un cambio de circunstancias de tal naturaleza, se debería acoger legislativamente la regla de la revisabilidad de los contratos. En este sentido, las finalidades perseguidas por los modelos legislativos son tanto la de priorizar las negociaciones entre las partes frente a una intervención judicial como evitar que dicha normativa perjudique a la parte a la que la alteración haya sido adversa<sup>1026</sup>. Esta visión es también compartida por la Propuesta de Código Civil por la APDC.

No obstante, tampoco resulta imprescindible que una norma recuerde a las partes su posibilidad de negociar<sup>1027</sup>. De hecho, la renegociación de los términos del podría conllevar también un nuevo concepto de contrato<sup>1028</sup>; especialmente, en los pactos distributivos que, como se ha advertido, son contratos relacionales<sup>1029</sup> e incompletos cuyos términos deberán ser concretados por las partes desde el momento de su firma hasta su ejecución.

---

<sup>1026</sup> Siguiendo a ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*. Edisofer Libros Jurídicos, 14º Ed. Madrid, 2011, p. 471.

<sup>1027</sup> En este sentido, PARRA LUCÁN, M.Á., *Op. cit.*, 2015, p. 30.

<sup>1028</sup> PARRA LUCÁN, M.Á., 2015, *Op.cit.*, p. 33.

<sup>1029</sup> Para profundizar, BOISMAIN, C., *Les contrats relationnels*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-en-Marseille, 2005, pp. 90-91.

Por todo lo expuesto, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no es tan sólo una excepción al principio *pacta sunt servanda* sino un reajuste que permite a las partes la continuación de la ejecución del contrato y, aunque tardía, resulta una garantía de cumplimiento de las prestaciones acordadas una vez sobrevenido el cambio inevitable no previsto.

Por otra parte, es cuestión debatida si es preferible la modificación o extinción del contrato. La respuesta a tal dicotomía parece evidente a priori en la medida que, tal y como se desprende de la naturaleza propia de los contratos del art. 1091 CC, la posición mayoritaria es favorable a la renegociación de los términos del contrato en detrimento de su terminación<sup>1030</sup>. Con todo, en lo que respecta a los contratos de distribución y dada su variada casuística, debemos remitirnos a las circunstancias concretas del caso para forjar y emitir una opinión.

En materia de contratos de distribución, la revisión del contrato –ya sea para su modificación o extinción– es, en mi parecer, la única manera de restablecer el equilibrio contractual entre las partes ante un cambio sobrevenido de circunstancias. Incluso, parece oportuno indicar que la *rebus* podría considerarse una cláusula implícita de esta tipología de contratos<sup>1031</sup> siempre que el principio de buena fe presida las negociaciones del contrato (art. 1258 CC), con la equidad y la flexibilidad necesaria que requieren las relaciones de larga duración<sup>1032</sup>.

Por todo lo expuesto, se entiende que la única solución posible en defecto de pacto inicial o sobrevenido y de norma que lo regule, es la de acudir a los tribunales o, según los casos,

---

<sup>1030</sup> PARRA LUCÁN, M.Á., 2015, *Op.cit.*, p. 33.

En este sentido, conviene traer nuevamente a colación lo manifestado en este trabajo en lo relativo a la excesiva onerosidad o *hardship* puesto que la dificultad de cumplimiento no se traduce en imposibilidad. De hecho, la regla general es que el deudor se halla obligado a cumplir las prestaciones del contrato siempre que le sea posible hacerlo, aunque la prestación le suponga un esfuerzo muy superior al previsto en el momento de la celebración del contrato. Con todo, para la terminación del contrato, dado su carácter excepcional frente a la modificación de su contenido, se requiere objetivamente que la imprevisibilidad del hecho acontecido sea de tal envergadura que acredite la destrucción de la equivalencia de las prestaciones. Por tal motivo, ninguno de los contratantes debería estar obligado a soportar dicho riesgo y estaría legitimado para poner fin al contrato.

<sup>1031</sup> Es de la misma opinión en el Derecho francés, DIAS, C., *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Tome 2, PUAM, 2014, p. 576.

<sup>1032</sup> En este sentido, PARRA LUCÁN, M. A. (2015), p. 33, SALVADOR (2011), p. 8 y CARRASCO (2010), p. 1022.

al procedimiento arbitral<sup>1033</sup>, para solicitar la revisión del contrato en virtud de la doctrina *rebus sic stantibus*, cuyo supuesto desarrollamos en el siguiente epígrafe.

### 3.2. ¿Qué remedios podrá aplicar el Juez si hay conflicto?

El Derecho español no prevé ninguna disposición que permita la modificación judicial de las relaciones obligatorias en caso de alteración de las circunstancias<sup>1034</sup>. Tan sólo, como es sabido, el apartado tercero de la Ley 493 del Fuero Nuevo, en la Compilación del derecho civil de Navarra, relativa al cumplimiento de las obligaciones duraderas o de tracto sucesivo, incluye una regla general sobre la revisión judicial de las condiciones ante una alteración de circunstancias<sup>1035</sup>.

Por su parte, las propuestas de armonización del Derecho europeo de contratos, - en particular, los PICC, PECL y, más recientemente DCFR y también el CESL –relativo al contrato de compraventa-, sí que han regulado la cláusula *rebus sic stantibus*. Estas propuestas no sólo sirven de inspiración a las partes para proceder a la redacción del contrato<sup>1036</sup>, sino que permiten a los jueces y tribunales la adaptación o resolución de un contrato en caso de cambio de circunstancias<sup>1037</sup> ante una excesiva onerosidad de la prestación acordada para una de las partes o la frustración del objeto del contrato. Aunque

---

<sup>1033</sup> Sobre los contratos de distribución y el arbitraje, GRAS SAGRERA, J., “Los contratos de distribución y la resolución de conflictos: jurisdicción y arbitraje”, en VÁZQUEZ ALBERT, D., (Dir.) *Los contratos de distribución comercial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 245 y ss. y LARA GONZÁLEZ, R., “Códigos de buenas prácticas y resolución extrajudicial de conflictos en el sector de la distribución comercial”, en *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 655 y ss.

<sup>1034</sup> Por todos, PARRA LUCÁN, M.Á., “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre 2015, p. 2

<sup>1035</sup> En este sentido la Ley 493 en su apartado 3 del Fuero de Navarra establece: “Cuando se trata de obligaciones a largo plazo o de tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente onerosos el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”. En lo que concierne a las relaciones de tracto sucesivo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “La revisión de las obligaciones por alteración sobrevenida de circunstancias en el Fuero Nuevo”, *Revista jurídica de Navarra*, nº 30, 2000, pp. 52-53.

<sup>1036</sup> No es cuestión debatida que la necesidad de la aprobación de una norma que permita a las partes la renegociación de los términos del contrato ante una alteración de circunstancias si tal es su intención o, incluso, si así lo han previsto expresamente en el contrato.

<sup>1037</sup> Véanse los arts. 6.2.3 PICC (sólo cuando sea razonable), el art. 6.1.1 PECL, art. III.-1:110 DCFR, y en lo que respecta al contrato de compraventa, el art. 89.2 CESL. Con todo, conviene revisar el epígrafe de este trabajo titulado: *¿Puede una parte exigir la renegociación una vez sobrevenido el cambio no previsto?*. Asimismo, art. III.-1:110 DCFR atribuye a los tribunales amplias facultades para fijar el momento y las condiciones de la extinción del contrato.

conviene recordar que, aunque dichos textos *soft law* no constituyen Derecho vigente, su contenido también ha servido de inspiración a nuestra doctrina para solicitar al legislador la regulación de la cláusula *rebus sic stantibus* ante un cambio de circunstancias imprevisible y sobrevenido que altere las condiciones de las prestaciones acordadas hasta el punto de hacerlas muy gravosas para una parte, o bien, frustrar su objeto. Con todo, conviene advertir que no resulta imprescindible la aprobación de una norma que permita a las partes la renegociación de los términos del contrato ante una alteración de circunstancias si tal es su intención o, incluso, si así lo han previsto éstas expresamente en el contrato.

En línea con lo manifestado se han mostrado las propuestas de modernización del Derecho privado español, que han defendido la facultad que se atribuye a los jueces y tribunales para adaptar las condiciones del contrato<sup>1038</sup>. Entre ellas destaca el Anteproyecto de Ley de Código de Mercantil, donde la intervención de los tribunales se entiende implícita<sup>1039</sup>, la PCC (2016) elaborada por la APDC<sup>1040</sup>, y, recientemente la PALCM (2018). Igualmente, conviene advertir que para que los jueces y tribunales puedan realizar la revisión de los contratos se requieren dos supuestos: uno, que las partes no hayan sido capaces de alcanzar un acuerdo y dos, que proceda la aplicación jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*.

---

<sup>1038</sup> En este sentido, véanse los arts. 1213 PMCC, el art. 416 APCM y el art. 526-5-3º PCC (APDC).

<sup>1039</sup> El artículo 416-2. 1º in fine APCM establece: “*Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto se señale*”.

En relación con el art. 416 APCM, el Consejo de Estado ha emitido una serie de consideraciones al respecto, entre las que destaca la siguiente: “*En el párrafo segundo del mismo apartado 1 (siempre en el artículo 416-2), se dice que si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada "en los términos que al efecto señale". Según la redacción proyectada, cualquiera de las partes puede exigir la extinción del contrato en los términos que señale ella misma, lo que resulta objetable. Si se atiende a lo previsto en el artículo 6:111 de los PDCE de la Comisión Landó -en el que el parece inspirarse esta solución-, la extinción habría de fijarse en los términos (y fecha) que considere adecuado «el juez o tribunal». Y si lo que se quiere es reconocer un derecho a las partes que se pueda ejercitar sin necesidad de acudir al juez, la extinción que cualquiera de ellas tiene derecho a exigir debe ser referida a fecha y términos razonables, acordes con el equilibrio de las prestaciones u otra formulación análoga*”.

Para profundizar, véase el Dictamen emitido por el Consejo de Estado, (<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837>) (Consultado el 01.09.2016)

<sup>1040</sup> El apartado 3º del art. 526-5 apartado 3º de la Propuesta de Código Civil realizada por la APDC dispone “*El juez solo puede estimar la pretensión de resolución cuando no sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución*”.

En lo que respecta a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo había adoptado una posición restrictiva en la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*<sup>1041</sup> para la revisión de los contratos, para la que se requería de las condiciones siguientes: a) una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las previstas en el momento de su celebración, b) una imprevisibilidad absoluta de dichas circunstancias c) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo entre la pretensiones de las partes contratantes, que derrumbara el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones y por último, d) una provocación de una desproporción inusitada y exorbitante, fuera de todo cálculo que “aniquila” el necesario equilibrio de las prestaciones<sup>1042</sup> y que en algunos casos, entronca el propio TS con el concepto de frustración de la causa de la “base negocial”<sup>1043</sup>.

Hasta finales de 2008, tal y como dispone la Sentencia de Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, la aplicación jurisprudencial de la *cláusula rebus sic stantibus* fue considerada

---

<sup>1041</sup> Siguiendo a Carrasco Perera, “*en más de cincuenta años de jurisprudencia, con varias decenas de casos resueltos en el Tribunal Supremo, apenas pueden encontrarse tres o cuatro ejemplos en los que haya sido considerada procedente su aplicación*”, en CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos, op. cit.*, p. 1017. Conviene también advertir que, a diferencia de escasa aplicación práctica de la *rebus* en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, los tribunales inferiores sí han venido aplicando esta institución para resolver algunos supuestos controvertidos. En este sentido, MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., “Hacia una aplicación normalizada de la cláusula *rebus sic stantibus*” en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo “, Comentario a la STS de 30 de junio de 2014, (RJ 2014, 3526)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 35, Editorial Aranzadi, Septiembre-Diciembre de 2014, p. 302.

<sup>1042</sup> Para profundizar, véanse la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo. Entre ellas, las SSTS de 14 de diciembre de 1940, de 17 de mayo de 1941, de 5 de junio de 1945, de 17 de mayo de 1957, de 23 de abril de 1991, de 29 de mayo de 1996, de 10 de febrero de 1997, de 15 de noviembre de 2000, de 27 de mayo de 2002, de 21 de marzo de 2003, de 5 de enero de 2007, y más recientemente, de 30 de junio de 2014 y de 2015. Es también destacable la STS, de 6 de marzo de 2020 (RJ\2020\879).

En relación con los requisitos jurisprudenciales de la cláusula *rebus sic stantibus*, véase, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “La modificación del contrato”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. y PARRA LUCÁN, M.Á., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, 3ª Ed., Madrid, 2011, p. 468.

<sup>1043</sup> La STS de 20 de febrero de 2001 (RJ\2001\1490) establece los requisitos necesarios para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (*Fundamento de Derecho Segundo*) y pone de manifiesto la teoría de la alteración de la “base del negocio”. En este sentido, la citada Sentencia menciona la posición doctrinal de la ciencia jurídica española, según la cual, “*la resolución por excesiva onerosidad o por desaparición de la base del negocio debe considerarse como la regla general cuando la relación obligatoria es sinalagmática*”. Aunque la actora solicitó la posibilidad de extinguir el contrato alegando la desaparición sobrevenida de la base negocial en virtud del artículo 1274 CC, el Tribunal Supremo no estimó conveniente la resolución del contrato de superficie. Los motivos expuestos en la citada Sentencia son que la resolución del contrato “*constituiría un actividad sorpresiva, que afecta al componente jurídico de la acción y puede producir indefensión a la contraparte*”. Por lo que, “*de acceder en esta sede a su admisión,... se quebrantaría el principio de congruencia*”.

“*pacífica*”<sup>1044</sup>. Sin embargo, como se ha advertido, la crisis económica de tal fecha<sup>1045</sup> supuso un punto de inflexión en la apreciación jurisprudencial de la *rebus sic stantibus*, dando lugar al incremento extraordinario de la revisión de los contratos<sup>1046</sup>. Desde entonces, y especialmente, desde junio de 2014, la posición jurisprudencial ha sido cada vez menos restrictiva<sup>1047</sup> y la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha variado hacia la aplicación de la *rebus* de manera más “normalizada”<sup>1048</sup>.

La evolución del Alto Tribunal para aplicar la *rebus* ha sido favorablemente acogida por una parte de la doctrina, que considera necesario el ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento<sup>1049</sup>. En esta línea, destaca la labor doctrinal que, siguiendo la configuración que ofrece la figura en las propuestas de armonización del Derecho de contratos, ha contribuido a la reformulación jurisprudencial de la doctrina *rebus sic stantibus*.

Por otra parte, una vez que el conflicto ha llegado a los tribunales, la cuestión que debe ser objeto de planteamiento aquí es si, ante la ausencia de disposición legislativa al

---

<sup>1044</sup> Siguiendo la afirmación del Alto Tribunal, el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia de Pleno de Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 15 de enero de 2008, (RJ\2008\1393) –relativa a la extinción de un contrato de distribución- indicó en el Fundamento de Derecho Cuarto que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* que servía de remedio equitativo al desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas en los contratos de tracto sucesivo, era, en aquel entonces, pacífica. Esta afirmación, fue traída posteriormente a colación por nuestra jurisprudencia menor en la materia objeto de nuestro estudio. En particular, el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, (Sección 5ª), de 10 de marzo de 2010, (RJ\2011\12890), relativa a la extinción de un contrato de distribución comercial puso de manifiesto la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en casos muy limitados.

<sup>1045</sup> El Tribunal Supremo ha considerado que las crisis económicas no son siempre imprevisibles. El Alto Tribunal también ha manifestado que las partes pueden anticiparse a las mismas introduciendo cláusulas de estabilización en los contratos. Sin embargo, las resoluciones más recientes en las que se reconoce la aplicación de la *rebus*, la Sala 1ª del Tribunal Supremo sí que considera la crisis económica como una circunstancia imprevisible. En particular, las SSTs de 30 de junio y 15 de octubre de 2014. Pero posteriormente la autora pone en duda que esta doctrina se consolide “*dada la previsibilidad cíclica de las crisis económicas*”. Así lo cita literalmente la STS de 15 de octubre de 2014. Para ampliar, véase, PARRA LUCÁN, M.Á., *op. cit.*, 2015, pp. 23 y 24.

<sup>1046</sup> Por todos, SALVADOR CODERCH, P., *Op. cit.*, 2009, p. 5.

<sup>1047</sup> En este sentido, interesa destacar que frente a la tradicional negativa del Tribunal Supremo a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha aplicado la doctrina *rebus* en las STS de 30 de junio de 2014, (RJ\2014\3526) y 15 de octubre de 2014 (RJ\2014\6129). En dichas resoluciones se considera que la crisis es un fenómeno capaz de alterar las relaciones contractuales. Es más, la Sala 1ª advierte que se ha abandonado el “*carácter peligroso de la cláusula rebus sic stantibus*” inclinándose además por la aplicación “*normalizada*” de la misma. Siguiendo a PARRA LUCÁN, M.Á., *Op. cit.*, Barcelona, Octubre 2015, p. 8.

<sup>1048</sup> MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., “Hacia una aplicación normalizada de la cláusula *rebus sic stantibus*” en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo “, Comentario a la STS de 30 de junio de 2014, (RJ\2014\3526)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 35, Editorial Aranzadi, Septiembre-Diciembre de 2014, p. 289.

<sup>1049</sup> MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., *Op. cit.*, 2014, p. 292.

respecto, los jueces están facultados para revisar los contratos<sup>1050</sup>. Los motivos que generan reservas a la hora de atribuirles facultades pueden ser tanto el respeto a las consecuencias del principio *pacta sunt servanda* como la dificultad de redactar un contrato sin contar con la voluntad de las partes contratantes<sup>1051</sup>. Con todo, no es infrecuente que las partes acudan a los tribunales –y en su caso, ante un procedimiento arbitral- cuando no han alcanzado un acuerdo durante la revisión del contrato<sup>1052</sup>.

En materia de contratos de distribución, a diferencia de otros contratos de tracto sucesivo, el Tribunal Supremo ha aportado un matiz singular en el desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas. El Alto Tribunal indica que el desequilibrio patrimonial sobrevenido no se produce respecto de las prestaciones acordadas por las partes durante la vida del contrato, sino respecto de su situación patrimonial al extinguirse la relación distributiva. De este modo, la Sentencia de Pleno de la Sala 1ª, de 15 de enero de 2008, y, en una instancia inferior, la SAP de las Palmas, de 10 de marzo de 2010, en relación a la indemnización por clientela, se pronuncia del modo siguiente:

*“El artículo 1258 CC, que en este motivo se cita como infringido, el fundamento de la compensación por clientela, del mismo modo que tal precepto, al integrar lo expresamente pactado por las partes con todas las consecuencias que según la naturaleza del contrato fueran conformes a la buena fe, al uso o a la ley, sirvió de base en su día a la construcción doctrinal y jurisprudencial, hoy pacífica, de la cláusula **rebus sic stantibus** como remedio equitativo al desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas en los contratos de tracto sucesivo. Tratándose de contratos de distribución, tal desequilibrio sobrevenido no se daría*

---

<sup>1050</sup> Como es sabido, la intervención de los jueces y tribunales en la renegociación de los términos del contrato puede resultar menos eficiente para las partes que la propia modificación del contrato por los contratantes. Tanto por la adopción de la resolución por un tercero ajeno a las partes como porque, aunque la ejecución de la obligación sea posible, ésta puede resultar excesivamente costosa o muy ruinosa económicamente por el transcurso del tiempo desde que surge el conflicto hasta que se produce el fallo jurisprudencial.

<sup>1051</sup> Como indica PARRA LUCÁN, M.Á., op. cit., 2015, p. 36

<sup>1052</sup> En defecto de un nuevo pacto entre las partes, los tribunales pasarán a conocer el asunto, y a revisar los términos del contrato en caso de producirse un grave desequilibrio consecuencia de la alteración sobrevenida de circunstancias en el momento de contratar. Existen algunas excepciones, como es el caso del Derecho inglés que, en virtud del respeto al principio de libertad contractual, se dificulta la intervención de la autoridad judicial en lo previamente acordado en el contrato por las partes al no considerar legitimados a los tribunales para modificar el contrato. Entre otros motivos, ésta es una de las razones por las que las partes eligen el Derecho inglés como ley aplicable en la celebración de los contratos internacionales. Siguiendo a SANCHEZ LORENZO, S., *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 11.

*en las prestaciones de las partes durante la vida del contrato sino en la situación patrimonial de cada una al extinguirse la relación contractual y tener ésta que liquidarse, liquidación con causa desde luego en el contrato mismo; y tampoco se debería a circunstancias extraordinarias, sino a la propia ejecución normal del contrato”.*

Por todo lo expuesto, la alteración no se produciría durante la ejecución del contrato, sino una vez extinguida la relación contractual distributiva. Por lo que, el Alto Tribunal descarta que la extinción del contrato pueda deberse a circunstancias extraordinarias – requisito necesario para la aplicación de la *rebus*- sino a la propia ejecución normal del contrato<sup>1053</sup>.

Dicho lo anterior, se va a precisar el alcance de la revisión del contrato por los tribunales en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en general y en el Derecho francés, en particular. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia han cuestionado la intervención de los jueces y tribunales en la revisión del contrato. De hecho, hasta la entrada en vigor del *Code Civil* de 2016, la *Cour de Cassation* consideraba que *l'imprévision* –expresión en francés que sirve para hacer referencia a la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>1054</sup>- no se consideró una causa de revisión o extinción del contrato<sup>1055</sup>. Incluso, la jurisprudencia francesa expuso su rechazo a que los tribunales procedieran a la revisión de los contratos ante un cambio de circunstancias económicas<sup>1056</sup>.

---

<sup>1053</sup> El caso expuesto por la STS de Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo hace tan solo una mención de la *rebus sic stantibus*, cuya construcción doctrinal y jurisprudencial se basó en el art. 1258 CC que reconoce la doctrina de la buena fe. Sin embargo, el derecho a obtener una compensación por clientela, no es –según considera el Alto Tribunal- una consecuencia implícita que obligue al proveedor a indemnizar a distribuidor una vez concluido el contrato. Se trata de una causa ordinaria de la ejecución del contrato de distribución a la que se obliga el distribuidor.

<sup>1054</sup> Por todos, PARRA LUCÁN, M.Á. *Op. cit.*, 2015, p. 4.

<sup>1055</sup> La doctrina de *l'imprévision* no era –hasta la entrada en vigor del art. 1195 *Code Civil* en octubre de 2016- una causa de revisión del contrato en el Derecho privado francés. Por el contrario, si suponía una causa de revisión contractual en Derecho público, principalmente en Derecho administrativo. En este sentido, destaca el asunto relativo al suministro de gas en Burdeos, (C. E. 30 mars 1916, *Compagnie general de éclairage de Bordeaux*. Siguiendo a DIAS, C., *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Tome 2, PUAM, 2014, p. 442.

<sup>1056</sup> Así lo expone Dias incluyendo además una serie de excepciones que se fundamentan en la obligación de renegociar los términos para cumplir con una conducta que se ajuste a la doctrina de la buena fe. Con todo, el autor ponía de manifiesto la remota posibilidad de introducir *lege ferenda* una revisión judicial de los contratos ante un cambio de circunstancias económicas. Para profundizar, DIAS, C., *op. cit.*, 2014, p. 442. La propuesta de Dias ha visto la luz con la entrada en vigor del art. 1195 del *Code Civil*, que reconoce la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ante una alteración sobrevenida de circunstancias en el Derecho francés.

Al igual que sucede en nuestro ordenamiento jurídico, la reticencia francesa para proceder a la modificación de los contratos tenía su también su origen en el principio *pacta sunt servanda* regulado en el que fue el artículo 1134 del *Code civile* francés<sup>1057</sup>. En este sentido, el art. 1193 *Code Civil* establece que tan sólo es posible la revisión –y en su caso, la modificación- de los contratos en los casos previstos por la ley; o bien, en los supuestos pactados por las partes. Sin embargo, en defecto de pacto, el nuevo art. 1195 *Code Civil* reconoce que las partes podrán acudir a los jueces y tribunales para proceder a la revisión de las obligaciones establecidas en los contratos.

Con anterioridad a la entrada en vigor del *Code Civil* de 2016, el apartado 3º del artículo 1134 del *Code Civil* –hoy art. 1104CC francés-, en idéntico sentido que nuestro art. 1258 CC introducía la obligación de las partes de actuar conforme a la buena fe<sup>1058</sup>, del que se desprende la flexibilización de su contenido inicial para garantizar el cumplimiento de las prestaciones de una de las partes ante una alteración extraordinaria de circunstancias que dificulte de forma excesiva o gravosa la ejecución de su prestación. En el marco del artículo 1258 CC, la jurisprudencia española ha acogido la inclusión implícita de la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>1059</sup>, que incluso admite ante determinados supuestos la posibilidad de modificar judicialmente el contenido del contrato por alteración de circunstancias sobrevenido. Partiendo de un razonamiento semejante, un sector de la doctrina interpretó que el concepto de la buena fe contemplado en el artículo 1134 del

---

<sup>1057</sup> El artículo 1134 del *Code Civil*, en vigor hasta el 1 de octubre de 2016, establecía: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*”. Sin embargo, una vez producida la entrada en vigor del nuevo *Code Civil*, este precepto se ha incluido en los arts. 1103 (cuya redacción es la siguiente: « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »), 1193 (« *les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ») y 1194 *Code Civil* (« *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* »).

<sup>1058</sup> Actualmente, el art. 1104 *Code Civil* viene a regular el art. 1134.3º del *Code Civil* de 1804, cuando dispone: “*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public*”. Por su parte, el nuevo *Code Civil* reconoce el principio de buena fe como una disposición de orden público.

<sup>1059</sup> Como ha sido objeto de estudio en el epígrafe “*La posibilidad de exigir la negociación una vez sobrevenido el cambio no previsto*”, en muy raras ocasiones el Tribunal Supremo ha hecho uso de la doctrina *rebus sic stantibus*. Y en la mayor parte de los casos que el Tribunal Supremo la ha expuesto ha sido para concluir que en el supuesto concreto objeto de enjuiciamiento no se daban sus presupuestos. Para profundizar, PASQUAU LIAÑO, M., “Art. 1258 CC”, en PASQUAU LIAÑO, M. (Dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, Tomo II (Arts. 609-1314 CC), Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 2292-2293.

*Code Civil* atribuía a los tribunales la facultad de revisar los contratos. Especialmente, si las partes tos habían sufrido modificaciones económicas como consecuencia de un cambio de circunstancias<sup>1060</sup>.

En materia de contratos de distribución, con anterioridad a la entrada en vigor del art. 1195 del *Code civil* francés destacan algunos pronunciamientos judiciales que, siguiendo la doctrina de la buena fe, han consolidado la obligación de adaptar el contrato ante un cambio de circunstancias sobrevenido. La solicitud de renegociar ha recaído en el distribuidor, aunque no se haya resuelto siempre a su favor en los tribunales<sup>1061</sup>. Entre ellos, destacan las resoluciones siguientes:

- a) La primera es el caso *Huard*<sup>1062</sup>, (*Cass.Com. 3 nov. 1992*) relativo al contrato de distribución exclusiva celebrado entre la compañía petrolera *British Petroleum* (en adelante, BP) y el concesionario, el Sr. Huard. Los tribunales consideraron que la conducta de la empresa proveedora BP no se ajustaba a la doctrina de la buena fe, al negar al distribuidor la posibilidad de modificar el contrato estableciendo precios más competitivos en el mercado, tal y como previamente había solicitado. Asimismo, este pronunciamiento tiene otra trascendencia especial porque la proveedora BP imponía una política de

---

<sup>1060</sup> La posición doctrinal al respecto no era unánime. De hecho, otro sector de la doctrina consideraba que la revisión judicial de los contratos suponía una vulneración del principio *pacta sunt servanda*. Como indica, DIAS, C., *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Tome 2, PUAM, 2014, p. 574.

<sup>1061</sup>En este sentido, destaca el supuesto *Civ. 1re, 16 mars 2004, D. 2004, 1755, note Mazeaud*, en MALAURIE-VIGNAL, M., op. cit, 2015, p.144. Según indica la autora, el distribuidor solicitó a los tribunales una compensación económica basándose en el desequilibrio que generó la extinción del contrato. Sin embargo, no procedió una indemnización compensatoria al demostrar que antes de extinguir la relación distributiva, el distribuidor se había negado a renegociar las condiciones del contrato.

<sup>1062</sup> En este supuesto, relativo a un contrato de distribución exclusiva de larga duración entre la empresa petrolífera BP y el distribuidor Sr. Huard, la proveedora BP impidió a su distribuidor la modificación del contrato que le permitiría aplicar unos precios más competitivos en el mercado tras la liberalización de la venta de los productos petrolíferos al por menor en 1983. En este sentido, la *Cour de Cassation* estimó que el proveedor había incumplido el contrato al impedir el beneficio de las diversas ayudas posibles, siempre que tales medidas se aplicaran dentro de unos límites de rentabilidad aceptables por el Derecho de la Competencia. Así lo pactaron las partes en el contrato de distribución exclusiva firmado el 2 de octubre de 1970. La empresa proveedora BP, -tal y como indica la resolución- tenía la obligación de proteger a su distribuidor minorista en virtud del interés común que caracteriza a los contratos de distribución exclusiva. Por todo lo expuesto, la *Cour de Cassation* consideró que BP se había comportado de mala fe. Para profundizar, *Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 3 nov. 1992, pourvoi n° 90-18547*, publicada en el Bull. Civ. 1992 IV, n° 338, p. 241.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007029915&fastReqId=629589266&fastPos=1> (consultado el 25.08.2016).

precios distinta para distribuidores y agentes, favoreciendo a éstos últimos en detrimento de los distribuidores.

- b) El caso *But* (*Cass.Com. 30 janv. 1996*)<sup>1063</sup> trae a colación un contrato de franquicia en el que la sociedad franquiciadora internacional de muebles (*But*) cumplió las obligaciones derivadas de los deberes de información precontractual, pero rechazó la revisión de las condiciones desfavorables de venta para su franquiciado (*Société Nova meubles*). Así, el franquiciado solicitó la modificación de las condiciones de venta del contrato que le permitiera la introducción de una política de precios más ventajosa pero la negativa de la franquiciadora supuso la caída del nivel de ventas y el fracaso del franquiciado, lo que la franquiciadora a extinguir unilateralmente el contrato.
- c) Semejante a los dos primeros, el tercero de los casos *Chevassus-Marche* (*Cass. Comm. 24 nov. 1998*)<sup>1064</sup> se pronuncia sobre la obligación de revisión de los términos de un contrato de agencia<sup>1065</sup>. El agente solicita al grupo empresarial Danone la necesidad de renegociar los precios de sus productos para poder operar en el mercado con precios competitivos. Aunque las partes no habían previsto una cláusula de revisión del contrato, la *Cour de Cassation*

---

<sup>1063</sup> En este supuesto de extinción unilateral de un contrato de franquicia, el franquiciado solicitó a la franquicia la modificación del sistema de venta denominado dedicado a una clientela media en vez recibir el suministro de muebles de alta gama. La franquiciadora *But* rechazó modificar su sistema de ventas. Los tribunales –tanto la *Cour de Cassation* como la *Cour d’appel*- consideraron que la franquiciada había adaptado bien la política de ventas pero que la falta de colaboración de la franquiciadora le había provocado resultados económicos desfavorables, llevándole incluso a la quiebra. Para ampliar, *Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 30 janv. 1996, pourvoi n° 94-13799*, no fue publicada en el Bull. Para profundizar, véase, (consultado el 25.08.2016).

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007280926&fastReqId=1489790682&fastPos=2>

*But* (Com. 30 janv. 1996), JCP E 1996, 696, note C. Jamin: “*Le franchiseur n’a manqué à son obligation d’information précontractuelle..., mais a commis une faute dans l’exécution du contrat*” (condamné à 20 millions de francs).

<sup>1064</sup> *Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 24 nov. 1998, Chevassus-Marche c/ Sté Groupe Danone et a.* [arrêt n° 1839].

<sup>1065</sup> En este supuesto, el empresario principal o mandante incumplió los deberes de lealtad comercial, establecidos en el art. 134-4 del Código de Comercio francés. En especial, se acusa en este supuesto al mandante o cabeza de red de incumplir las obligaciones implícitas en la política de distribución de una red comercial. Llevó a cabo la distribución paralela de productos además de consentir el suministro a otros distribuidores que comercializaban sus productos en áreas definidas exclusivamente para los agentes comerciales. Para ampliar, véase el Comentario de la resolución realizado por MALAURIE-VIGNAL, M., *Op. cit.*, 2015, p.144

exige, en virtud del principio de la buena fe, la obligación de renegociar un acuerdo habida cuenta que la prestación era ruinosa para uno de los contratantes<sup>1066</sup>. Este fallo, que recibió una gran acogida entre la doctrina francesa, venía a justificar que la fuerza obligatoria del contrato perdía su legitimidad cuando su ejecución suponía una situación económica caótica para una de las partes.

- d) En el caso (*Cass Civ. Ire 16 mars 2004*)<sup>1067</sup>, el distribuidor solicita a los tribunales una compensación económica basándose en el desequilibrio patrimonial que le supuso un cambio de circunstancias. Sin embargo, según indica MALAURIE-VIGNAL, el distribuidor no puede aprovecharse del desequilibrio contractual para acudir a los tribunales si previamente había rechazado la posibilidad de renegociar las condiciones del contrato.

De todo lo expuesto se desprende que, al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, las partes tienen la obligación de realizar las prestaciones acordadas y contribuir al cumplimiento de las prestaciones acordadas incluso cuando resulte especialmente gravosa su ejecución para una de las partes. De hecho, lo idóneo es que los contratantes adopten una conducta de cooperación mutua, característica intrínseca en los contratos de distribución. Lo que servirá a las partes para poder cumplir con sus prestaciones en un contexto de confianza y reciprocidad. Por el contrario, si las circunstancias resultan tan cambiantes que se impide a las partes el despliegue de todos los efectos del contrato, la conducta adoptada no se ajustará al deber de lealtad que implica la buena fe<sup>1068</sup>.

Estos pronunciamientos jurisprudenciales de la *Cour de Cassation*, anteriores en el tiempo a la entrada en vigor del nuevo *Code Civil* de 2016, bien podrían haber sido dictados por nuestro Tribunal Supremo, teniendo en cuenta la obligación de las partes de

---

<sup>1066</sup> Para profundizar, PICOD, Y., “Tenu d'une obligation de loyauté, le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat”, *JCP*, n° 48, 1<sup>er</sup> décembre 1999, II 10210.

<sup>1067</sup> De nuevo, véase el comentario de la Sentencia (*Cass Civ. Ire 16 mars 2004*) realizado por MALAURIE-VIGNAL, cuyo extracto resumido se halla en MALAURIE-VIGNAL, M., *Op. cit.*, 2015, p.144.

<sup>1068</sup> Siguiendo a DIDIER, F. Fasc. 323 : CONTRAT DE GÉRANCE-MANDAT. Date du fascicule : 15 Mai 2008. Date de la dernière mise à jour : 15 Mai 2008. (G. Wicker, Force obligatoire et contenu du contrat, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, ss dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet : Dalloz 2003, éd. Thèmes et commentaires, p. 165, n° 21 et 22).

actuar conforme a la buena fe recogida en el art. 1258 CC. En particular, porque en todos los supuestos, la alteración sobrevenida de circunstancias es un incidente que afecta al cumplimiento de las prestaciones pactadas en el contrato. La obligación de revisar las condiciones del contrato para adaptarlas al nuevo contexto viene motivada en el deber de actuar conforme a la doctrina de la buena fe, que impone una idea de justicia en las prestaciones pactadas en los contratos. En mayor medida cabe reconocer esta idea de justicia y reciprocidad que asiste a los contratos duraderos y de interés mutuo, como es el caso de los contratos de distribución. Y se desprende que los tribunales tienen la facultad de revisar los términos del contrato porque debe prevalecer el criterio de equidad interpartes frente a la seguridad jurídica. Máxime cuando el cumplimiento de la prestación pactada supone una situación de grave desequilibrio frente a su contraparte como consecuencia de un hecho sobrevenido y no previsible.

En el supuesto de que los tribunales acordaran la modificación de las condiciones del contrato, se produciría una novación de las prestaciones considerando el contenido actualizado consecuencia del cambio de circunstancias que, a su vez, conlleva también algunos inconvenientes cuya presencia no es desdeñable.

- a) El primero viene motivado por la pérdida de confianza de las partes. Por lo que el contexto en el que se desarrollarán las conductas contractuales no será el más recomendable puesto que cualquiera de los contratantes pueden poner fin al pacto duradero ejercitando el desistimiento alegando su falta de interés.
- b) En segundo lugar, aunque las partes acaten la modificación equitativa de los términos del contrato impuesta por los tribunales, será muy posible que la parte fuerte del contrato decida adoptar un comportamiento oportunista por el que se desvincule de su contraparte. Como se ha venido citando en la jurisprudencia española y francesa objeto de estudio, el sector de la distribución no está formado por una relación bilateral entre distribuidor y proveedor. Las partes se relacionan mediante redes de distribución presididas por un cabeza de red que, a su vez, tiene múltiples canales de distribución. En este contexto, es muy frecuente que el cabeza de red decida favorecer a alguno de sus distribuidores en detrimento de otros que, aunque le resulten rentables,

quiera tenerlos sometidos a su disposición para la comercialización de otros productos con menos acogida en el mercado.

Finalmente, la extinción de los contratos de distribución será la única solución si, debido a un cambio de circunstancias, se ha producido la frustración del objeto principal o de la base negocial del contrato. Los tribunales tendrán, a su vez, la difícil labor de delimitar las consecuencias derivadas de la terminación de la relación distributiva.



## Capítulo 5. EXTINCIÓN POR INCIDENCIA DEL INTUITU PERSONAE O INSTRUMENTI

**SUMARIO:** I. Antecedentes del *intuitu personae* en los contratos de colaboración. II. Concepto y fundamento del *intuitu personae* en los contratos de colaboración. III. Requisitos del *intuitu personae* en los contratos de distribución como causa de extinción. IV. Supuestos del *intuitu personae* en los contratos de distribución. 1. Previsión del *intuitu* en las cláusulas del contrato. 1.1. Cláusulas expresas. 1.2. Cláusulas implícitas o régimen supletorio. 2. Modalidades de supuestos del *intuitu personae* en contratos de distribución. 2.1. Muerte o declaración de fallecimiento. 2.2. Declaración concursal. a) el Texto Refundido Ley Concursal en los contratos de distribución. a.1) El principio de continuidad contractual en detrimento de la extinción. a.2) La resolución del contrato (declarado el concurso). a.3) Prohibición de pacto resolutorio por insolvencia. a.4) Desistimiento unilateral una vez declarado el concurso. a.5) Eficacia resolutoria de la declaración concursal en los contratos de distribución. b) La Ley del contrato de agencia en la declaración concursal de los contratos de distribución. c) La declaración concursal como causa de extinción de los contratos *intuitu personae*. 2.3. De la modificación judicial de la capacidad a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica .2.4 Cesión de negocio.

### I. Antecedentes del *intuitu personae* en los contratos de colaboración

Los contratos de agencia, distribución y franquicia son acuerdos *intuitu personae* que han sido concluidos en atención a las condiciones personales de las partes, en general<sup>1069</sup>, y de la confianza en el agente, distribuidor o franquiciado, en particular<sup>1070</sup>. Así lo han puesto de manifiesto tanto la doctrina<sup>1071</sup> como la jurisprudencia<sup>1072</sup>, hasta el punto de influir en la terminación de las relaciones distributivas.

---

<sup>1069</sup> En la teoría general y obligaciones y contratos, el Código Civil otorga un papel preponderante a las partes en lo referente a las obligaciones de hacer. De hecho, se habla de obligación personalísima o *intuitu personae* en la segunda parte del art. 1161 CC *in fine* cuando advierte que: “...cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación”. Por tal motivo, se excluiría la cesión o subcontratación del negocio a un tercero. Sobre estos aspectos nos detendremos más adelante en el presente capítulo.

<sup>1070</sup> Por todos, TAPIA SÁNCHEZ, M.R., en ALONSO UREBA A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRIA SÁENZ, J.A. y VIERA GONZÁLEZ, A.J. (Dirs.), Capítulo XV “La extinción de los contratos de distribución y agencia como presupuesto de la indemnización por clientela”, en *Los contratos de distribución*, Editorial LA LEY, Madrid, 2010, p. 635.

<sup>1071</sup> Entre otros, MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil de franquicia*, Editorial Comares, 2ª ed., Granada, 2007, p. 166. O, VAQUERO PINTO, M.J., “La terminación de los contratos de distribución” en HERRERO GARCÍA, M.J. (Dir.), *La contratación en el Sector de la Distribución Comercial*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 315; y MARTÍ MIRAVALLS, J., “El contrato de master franquicia” en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., (Dirs.), *Contratos de distribución*, Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2018, p. 249.

<sup>1072</sup> En este sentido, cabe traer a colación, entre otras, las resoluciones judiciales siguientes de nuestra jurisprudencia menor. De un lado, destacan las SSAP de Madrid, de 8 de julio de 2014 (JUR\2014\245728), y 9 de octubre de 2013 (AC\2013\2263) y las SSAP de Barcelona de 25 de marzo de 2015 (JUR\2015\188152), de 23 de abril de 2014 (JUR\2015\33130) y de 29 de enero de 2013 (JUR\2013\252253), respectivamente. A modo ilustrativo, destaca también la SAP de Madrid de 17 de julio

El presente capítulo analiza, entre otras causas, la incidencia del *intuitu* sobre la extinción de los contratos de distribución. Para ello, se ha abordado el concepto y fundamento de las relaciones personalísimas en esta modalidad contractual y los requisitos que presentan las relaciones fiduciarias distributivas. Finalmente, se ha procedido a sistematizar los diferentes supuestos de terminación de los contratos de distribución basándose en la pérdida de confianza como causa principal de extinción.

## II. Concepto y fundamento del *intuitu personae* en los contratos de colaboración

El *intuitu* en los contratos de colaboración entre empresarios se traduce en la confianza que tienen las partes para celebrar un acuerdo en atención a sus circunstancias o condiciones personales<sup>1073</sup>, lo que determinará el contenido de la relación contractual. Esta confianza resulta un elemento vital de cualquier relación comercial distributiva y se presenta indispensable en todas las fases del contrato, justificando la celebración de un pacto en virtud de la persona o estructura empresarial con la que se contrata. Cuando tal relación de confianza se pierde las partes pueden proceder a la terminación del contrato y, por consiguiente, a la extinción de la relación distributiva.

El fundamento del *intuitu* en los contratos de distribución puede abordarse mediante dos escenarios posibles.

- a) Por una parte, si se considera la recíproca confianza de las partes *ab initio*. Lo que supondrá la selección de un empresario por su contraparte<sup>1074</sup> en virtud de las

---

de 2009 (JUR\2009\362636), que se pronuncia en el modo siguiente al definir los contratos de distribución: “el contrato de distribución comercial –que recibe la denominación de *concesión mercantil* cuando viene acompañado de un pacto de exclusividad –es un negocio jurídico bilateral, de tracto sucesivo y **basado en la confianza o fiducia mutua (*intuitu personae*), que en enmarca en el seno de relaciones de colaboración continua y permanente entre empresarios (personas físicas o jurídicas) independientes, cada uno de los cuales actúa por su propia cuenta y riesgo...**”. Con todo, se ha profundizado en el contenido de estas resoluciones en el epígrafe “Contratos basados en relaciones jurídicas de confianza o *intuitu personae*” dedicado a los requisitos del desistimiento como causa de extinción de los contratos del capítulo “Desistimiento como causa de extinción de los contratos de distribución”.

<sup>1073</sup> En este punto, conviene traer a colación las diferencias existentes entre una relación de confianza y una relación personal. Aunque existe una clara proximidad conceptual entre ambos términos, en la literatura se defiende que no existe una total correspondencia, toda vez que una cosa es la caracterización de una relación jurídica de colaboración fiduciaria basada en el *intuitu personae* y otra bien distinta es el carácter personal de tal relación. Partiendo de la doctrina alemana, así lo expone LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Monografías Civitas, 1ª Ed., Madrid, 1998, pp. 374-375.

<sup>1074</sup> Aunque en la mayor parte de supuestos es el proveedor, franquiciador o cabeza de red quien selecciona a sus distribuidores o franquiciadores, también son frecuentes los supuestos inversos. Esto es, aquellos

características que reúne la persona o personas con las que se contrata. De este modo, la confianza reside en la voluntad de las partes de iniciar una relación comercial<sup>1075</sup>, ya sea por las circunstancias que presenta un distribuidor para el proveedor o por las condiciones que ofrece el cabeza de red al distribuidor en los términos de información precontractual que ordena el art. 62 de la LOCM<sup>1076</sup>. Si bien, esta parte excede del objeto de nuestro estudio en la medida que no afecta a la terminación de las relaciones distributivas.

- b) Por otra, en un segundo escenario, se expone cómo afecta la pérdida de confianza a la fase de ejecución del contrato, pudiendo proceder a la terminación de la relación contractual como consecuencia de algunas acciones sobrevenidas<sup>1077</sup> que afecten a la personalidad de las partes o incluso impidan el cumplimiento del acuerdo en los términos en los que inicialmente se pactó. Lo cual será el núcleo principal de este capítulo, no sólo porque analiza los distintos supuestos de extinción de las relaciones distributivas, sino que también dicha terminación supone una consecuencia de los efectos del *intuitu*.

En este segundo escenario planteado, la confianza implica una colaboración recíproca entre las partes que, basándose en las prestaciones personales (*intuitu personae*), o bien,

---

casos en los que los grandes distribuidores eligen a sus proveedores –a veces de forma exclusiva- para la comercialización de sus productos.

<sup>1075</sup> El *intuitu* presenta un carácter bilateral en los contratos de distribución integrada y conlleva un mayor nivel de eficacia en el contrato de franquicia. Además de los deberes de información precontractual, el franquiciador confía su marca a un empresario para que desarrolle su actividad comercial siguiendo las indicaciones de su saber hacer y manteniendo la calidad de negocio. De ahí que la confianza resulte un elemento vital para el empresario que va a seleccionar a un franquiciado que explote un sistema de comercialización con el compromiso de ajustarse a las pautas de actuación marcadas por el primero.

<sup>1076</sup> En este sentido, el art. 62 de la Ley ordenación del comercio minorista, en su apartado 2º trae a colación los deberes de información precontractual que un franquiciador debe tener para con su posible futuro franquiciado. Lo que implicará también una confianza del franquiciado en la marca, en general, y el saber hacer del franquiciador, en particular. En este sentido, el art. 62.2 LOCM dispone: “ *Con una antelación mínima de 20 días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias*”.

<sup>1077</sup> En este sentido, tan solo presenta trascendencia el supuesto de una imposibilidad sobrevenida o subsiguiente porque, de ser originaria, más que la terminación de una obligación, la imposibilidad impediría el nacimiento de una obligación.

en un sistema de organización empresarial (*intuitu instrumenti*), deberá persistir durante la ejecución del contrato. Especialmente, en los acuerdos de tracto sucesivo, como los contratos de distribución, que podrán ser extinguidos por el libre acuerdo de las partes mediante el desistimiento unilateral *ad nutum*, toda vez que no se puede obligar a un contratante a permanecer vinculado *sine die*. Y, en menor medida resultará exigible esta vinculación contractual cuando se trata de acuerdos cuya duración y estabilidad depende de la confianza con su contraparte<sup>1078</sup>.

Por todo lo expuesto, queda acreditado que, en ambos ejemplos, la confianza es el principal elemento de las relaciones de los contratos de colaboración entre empresarios; el vínculo sobre el que se articula una relación distributiva de manera estable para la comercialización de bienes y servicios. Dicho esto, la terminación del contrato como consecuencia de la desaparición del *intuitu* en las relaciones distributivas puede clasificarse también en dos grupos de supuestos, a nuestro entender, claramente diferenciados:

- a) La primera consiste en la pérdida de confianza de una de las partes en su contraparte. Así las cosas, la quiebra de *intuitu* -sea *personae* o *instrumenti*-, habilitará a quién ha sufrido tal desconfianza a replantearse el futuro de su relación distributiva hasta el punto de proceder a su extinción. Sin embargo, la incidencia del *intuitu* desplegará efectos distintos en función de las razones por las que se obligó a contratar. En este sentido, caben asimismo dos opciones:

-De un lado, cuando el contratante afectado por la desconfianza hacia su contraparte argumente que se obligó para cumplir dicho pacto únicamente en razón a la persona de su contraparte. En este sentido, no es cuestión debatida que el alcance del *intuitu personae* puede influir en la terminación del contrato, considerando que se trataba de un encargo de carácter personalísimo. En los contratos de distribución, este supuesto es extensible tanto para el proveedor o cabeza de red, -que escogen a sus distribuidores en función de su capacidad y confianza-, como para el distribuidor, a quien puede resultar muy relevante la persona del proveedor, en la medida que su actividad puede repercutir de manera

---

<sup>1078</sup> Del mismo modo lo expone, en lo relativo a los contratos de distribución selectiva, CARBAJO CASCÓN, F. en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., (Dirs.), “El contrato de distribución selectiva” en *Contratos de distribución*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, pp. 92-93.

directa en su posición final<sup>1079</sup>. Con todo, la desaparición de la confianza en una de las partes, siendo esta persona física, supondrá una causa de extinción automática del acuerdo.

-En segundo término, los motivos que inspiran a una de las partes para celebrar un contrato no son únicamente las cualidades personales de su contraparte sino la organización empresarial que el distribuidor pone a disposición del proveedor para la comercialización de sus productos. En cuyo caso, se trataría de relaciones distributivas de *intuitu instrumenti*. Por tal motivo, a diferencia de lo que sucede cuando el distribuidor o proveedor son persona física, no debe darse por extinguido el contrato automáticamente en la medida que no se produce una imposibilidad subjetiva de la prestación al contar las partes con una estructura empresarial suficiente. De hecho, la extinción automática del contrato por desaparición del sustrato personal o de la confianza entre las partes puede considerarse, según los casos, una solución excesiva<sup>1080</sup>. Independientemente de lo expuesto, será posible la terminación de los contratos si decae la confianza por la que las partes decidieron vincularse; ya sea porque las partes proceden a extinguirlo de mutuo acuerdo, porque cualquiera de ellas desiste unilateralmente del contrato de carácter indefinido o, incluso, como se ha advertido en el capítulo anterior, por imposibilidad subjetiva de la prestación. Y ello es así porque conforme a los principios generales del Derecho de obligaciones, el art.1184 CC<sup>1081</sup> establece la liberación del deudor de aquellas obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible.

- b) El segundo de los grupos de supuestos reúne a todos aquellos casos en los que se produce una sustitución de titulares en la relación comercial. A su vez, el cambio de sujetos en una de las partes del contrato puede ser voluntario –cuando se trata de una cesión de negocio entre distribuidor con un tercero-, o bien, involuntario

---

<sup>1079</sup> En este sentido, RONCERO SÁNCHEZ, A., “Caracterización y tipología de los contratos de distribución”, en ALCALÁ DÍAZ, M.Á., *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 62-63.

<sup>1080</sup> Para ampliar sobre esta cuestión, VAQUERO PINTO, M.J., “La terminación de los contratos de distribución” en HERRERO GARCÍA, M.J. (Dir.), *La contratación en el Sector de la Distribución Comercial*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 322.

<sup>1081</sup> El art. 1184 CC dispone expresamente: “También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”.

y, especialmente, sobrevenido, como sucede con el fallecimiento, incapacidad y declaración concursal. En muchos de estos ejemplos, tal y como se expondrá a continuación, la desaparición sobrevenida de un titular de una relación distributiva podría ocasionar la extinción del contrato<sup>1082</sup>.

#### IV. Requisitos del *intuitu* en los contratos de distribución como causa de extinción

El carácter personalísimo o instrumental de los contratos de distribución está condicionado por una serie de requisitos que, de no mantenerse a lo largo de la relación comercial, puede provocar la pérdida de confianza entre las partes. Y, por ende, se produciría el fin de la relación distributiva.

Los condicionantes que comportan la confianza de las relaciones distributivas serían los siguientes: las condiciones personales o estructurales de las partes, la duración del contrato y el deber de colaboración entre las partes<sup>1083</sup>.

- a) En primer lugar, el *intuitu* está directamente relacionado con el **carácter personalísimo** del distribuidor o **de su organización empresarial** para con su proveedor o cabeza de red. Tampoco es infrecuente el supuesto contrario para los proveedores que afrontan esa obligación de hacer con las grandes empresas de distribución<sup>1084</sup>. De este modo, la comercialización de bienes y servicios es,

---

<sup>1082</sup> Nos detendremos en la muerte o declaración de fallecimiento, incapacidad y concurso como causa de extinción de los contratos de distribución en los epígrafes dedicados al análisis de cada uno de los tres supuestos en el presente capítulo.

<sup>1083</sup> Respecto del contrato de franquicia, MAYORGA TOLEDANO comparte los dos requisitos expuestos (*intuitu personae* y duración indefinida) que permiten dar por finalizado el contrato mediante el desistimiento ante la pérdida de confianza de las partes. En este sentido, MAYORGA TOLEDANO, M.C., *Op. cit.*, p. 166.

<sup>1084</sup> Asimismo, resulta habitual este caso en de los contratos de distribución del sector alimentario. De hecho, como se ha puesto de manifiesto con anterioridad en nuestra investigación, el legislador español se ha posicionado protegiendo los intereses del proveedor, a quién ha equiparado con la parte débil del contrato. En este sentido lo ha expuesto el legislador en el Preámbulo de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, que dispone:

“...El sector agroalimentario en España tiene pues un valor estratégico innegable para la economía nacional, tal y como lo corroboran las magnitudes económicas sobre su participación en el PIB, en la balanza comercial, su dimensión, el número de empleos que genera o sus cotas de producción, que le sitúan como el primer sector manufacturero y uno de los que gozan de mayor proyección internacional. No obstante, es un sector vulnerable en su conjunto por sus propias características, ya que integra a una amplia diversidad de agentes de los sectores de la producción, la transformación y la distribución, que a su vez se ven limitados individualmente por su idiosincrasia. **Con carácter general, el sector productor agrario se ve afectado por un alto nivel de atomización, en el que mayoritariamente se integran empresas de pequeña dimensión.** La rigidez de la demanda, la estacionalidad y atomización de la oferta, la dispersión territorial o la generación de empleos vinculados al medio rural, son especificidades propias

conforme a la teoría general de obligaciones y contratos, una obligación de hacer de carácter infungible, toda vez que la persona del deudor (sea proveedor o distribuidor) no puede ser sustituida por la otra al no serle indiferente al proveedor quien cumpla su prestación<sup>1085</sup>. Con todo, conviene traer a colación que, en algunas relaciones distributivas el *intuitu* no implica en sí mismo un carácter personalísimo, sino una exigencia de aptitudes técnicas y diligencia necesaria que bien podría ser desempeñada por cualquier sujeto o un equipo de profesionales. Por lo que la extinción automática del contrato por la desaparición del sustrato personal de una de partes podría resultar un exceso cuando se trate de la extinción personas jurídicas, si bien, puede suponer una de las principales causas de extinción de los contratos de distribución<sup>1086</sup>.

Esta es también la visión que defienden los jueces y tribunales. A modo de ejemplo, destaca, la SAP de Barcelona, de 28 de marzo de 2014,

---

*del sector agrario que le diferencian claramente de otros sectores económicos, tal y como lo demuestra el tratamiento que ha recibido en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea a través de la Política Agraria Común (PAC). Por su parte, la industria agroalimentaria está integrada mayoritariamente por pequeñas y medianas empresas, junto con grandes grupos industriales españoles e internacionales. El sector de la distribución alimentaria se encuentra dividido en dos tipos de canales de venta. El canal de venta organizado que está muy concentrado en empresas con superficies de venta de mediano y gran tamaño que ofertan una amplia gama de productos que, normalmente, pertenecen a grandes grupos de distribución minorista que concentran la demanda de los distintos puntos de venta, lo que les confiere un gran poder de negociación frente a los proveedores. El otro canal de venta es el del comercio especializado, formado por empresas con superficies de venta al público de reducido tamaño de tipo familiar, ubicadas en mercados municipales, galerías comerciales o instalaciones de venta propias. Esta heterogeneidad ha condicionado sin duda el funcionamiento y las relaciones de los agentes que operan a lo largo de la cadena alimentaria, evidenciando deficiencias que se han visto agravadas en el contexto de la actual crisis económica global. La volatilidad de los precios percibidos por los productores, el alto coste de los insumos y la inestabilidad de los mercados internacionales, son factores coyunturales que han mermado la competitividad y rentabilidad del sector agroalimentario. **Un análisis de la situación actual de la cadena de valor evidencia la existencia de claras asimetrías en el poder de negociación que pueden derivar, y en ocasiones derivan, en una falta de transparencia en la formación de precios y en prácticas comerciales potencialmente desleales y con prácticas contrarias a la competencia que distorsionan el mercado y tienen un efecto negativo sobre la competitividad de todo el sector agroalimentario.** El correcto funcionamiento de la cadena alimentaria resulta indispensable para garantizar un valor añadido sostenible para todos los operadores que contribuya a aumentar su competitividad global y revierta igualmente en beneficio de los consumidores. Por tanto, se hace imprescindible atajar esta problemática desde una perspectiva de conjunto que alcance a todos los agentes que se interrelacionan a lo largo de la cadena alimentaria de manera que se garantice la unidad de mercado para que el sector agroalimentario pueda desarrollarse plenamente y desplegar todo su potencial.*

*La garantía de la unidad de mercado en el ámbito de la cadena alimentaria es un factor clave de competitividad que permitirá un mayor aprovechamiento de las economías de escala, la división del trabajo y la intensidad de la competencia, lo que reducirá los costes de producción, mejorará la productividad y permitirá alcanzar mayores niveles de empleo y de bienestar”.*

<sup>1085</sup> Para profundizar, DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Editorial Tecnos, 7ª ed., Madrid, p. 145.

<sup>1086</sup> VAQUERO PINTO, M.J., *Op. cit.*, Navarra, 2010, p. 315.

(JUR\2014\236971), que contempla un supuesto de extinción de un contrato de distribución y dispone que: “...*Tratándose de un contrato de tracto sucesivo y celebrado intuitu personae, cualquiera de las partes puede poner fin a la relación, siempre que se haya llevado a tal resolución de acuerdo con los criterios de lealtad y buena fe*”.

- b) El segundo requisito está directamente relacionado con la **duración del contrato**<sup>1087</sup>. Para que se dé una relación fiduciaria resulta evidente la creación de una relación distributiva estable y duradera que se prolongue a lo largo del contrato, incluso si las partes han fijado un plazo determinado. En este sentido, la confianza implica la obligación de mantener la misma diligencia exigible en la actuación de los contratantes durante todo el tiempo en que el contrato despliega sus efectos<sup>1088</sup>. La desaparición del *intuitu personae* –atendiendo al carácter personalísimo de las partes- o bien, el *intuitu instrumenti* –en virtud de su capacidad técnica o estructura organizativa- permitirá a las partes dar por terminado el acuerdo aún cuando su prestación resulte viable; ya sea mediante el desistimiento unilateral<sup>1089</sup> en los contratos de duración indefinida, o de proceder a la resolución del contrato por incumplimiento, en aquellas relaciones distributivas de duración determinada<sup>1090</sup>.

A modo ilustrativo, tomando la citada resolución la SAP de Barcelona, de 28 de marzo de 2014, (JUR\2014\236971), el Fundamento de Derecho

---

<sup>1087</sup> La duración es un elemento vital en la extinción de los contratos de distribución y por tal motivo se ha dedicado un capítulo a su estudio en la Segunda parte de este trabajo de investigación. Dicho lo anterior, cabe recordar que en virtud de la duración del contrato se determinará el tipo de justa causa que pone fin a las relaciones distributivas. Como es sabido, cualquiera de las partes en aquellos contratos de duración indefinida podrá desvincularse del acuerdo siempre que se respete un periodo de preaviso necesario sin necesidad de alegar los motivos por los que han llevado a una parte a poner fin al contrato (desistimiento unilateral *ad nutum* o sin causa). Por el contrario, dicha facultad no será reconocida en los contratos de duración determinada, para los que, de desvincularse unilateralmente del contrato, se trataría de un incumplimiento *ante tempus*.

<sup>1088</sup> Así lo expone MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 274.

<sup>1089</sup> Al tratarse de un acto unilateral *ad nutum*, la parte que decide poner fin al contrato no tiene que justificar la causa de extinción del contrato.

<sup>1090</sup> Esta afirmación presenta matizaciones en la medida que para proceder a la terminación de la relación distributiva como consecuencia de la desaparición del *intuitu* entre las partes debe producirse un incumplimiento que erosione las relaciones fiduciarias. Un cumplimiento defectuoso o un incumplimiento parcial no siempre conllevará la extinción automática del contrato; es más, la parte perjudicada puede conceder a su contraparte un plazo adicional para que cumpla con lo estipulado. Lo que evitaría la extinción del contrato. Para profundizar sobre esta cuestión, véase el capítulo relacionado con la resolución del contrato por incumplimiento como causa de extinción de los contratos de distribución.

Segundo advierte que: “*el Tribunal Supremo ha mantenido que, tanto en los supuestos de exclusividad como de duración sin limitación temporal, procede la resolución unilateral por cualquiera de las partes. En definitiva, y caracterizando dicho contrato por dos notas, la “temporalidad” y el predominio de la contratación del principio “intuitu personae”, éste puede resolverse por la voluntad de cualquiera de las partes, al igual que ocurre con el mandato, el arrendamiento de servicios y otros tantos análogos*”.

- c) Finalmente, la confianza que desprende el *intuitu* lleva implícito el **deber de colaboración** entre las partes de las relaciones distributivas<sup>1091</sup>. En este sentido, los contratantes deben satisfacer unos intereses convergentes para la comercialización de bienes o servicios que son objeto del contrato<sup>1092</sup>. No obstante, dichos deberes de ayuda y coordinación no deben confundirse con la existencia de un fin común<sup>1093</sup> de proveedores y distribuidores porque cada parte asume sus propios riesgos y defiende sus intereses particulares. De este modo, los contratos de distribución no podrán equipararse a los contratos asociativos en la medida que serán empresarios independientes que, en ocasiones, presentan situaciones de dependencia económica evidente; si bien, las partes estarán

---

<sup>1091</sup> Ahora bien, esta posición no es unánime para doctrina. De hecho, VAQUERO PINTO advierte que el elemento fiduciario propio de los contratos de servicios no debe confundirse con las razones que motivaron la contratación de una determinada persona o de su estructura empresarial para la comercialización de sus productos. Asimismo, sostiene que el *intuitu* debe demostrarlo quien lo afirma para que entren en juego sus consecuencias. VAQUERO PINTO, M.J., *Op. cit.*, Navarra, 2010, pp. 314 y 315.

<sup>1092</sup> Es cuestión debatida por la doctrina el deber de colaboración que caracteriza las relaciones *intuitu personae o instrumenti*. De hecho, se entiende que el término más apropiado para describir el deber de colaboración de las partes es el de interés compartido en detrimento del interés común. Y ello es así porque las partes (proveedor y/o distribuidor) no defienden un interés común –cada uno vela por sus propios intereses- y la utilización de esta terminología podría generar confusión con el contrato de sociedad. Por su parte, el interés compartido integra también el concepto “interés de red” aunque cada uno de las partes tenga su interés propio. Para profundizar, RONCERO SÁNCHEZ, A., “Caracterización y tipología en los contratos de distribución”, *Op. cit.*, Barcelona, 2015, pp. 63 y ss.

<sup>1093</sup> Con la salvedad que la terminología utilizada por la doctrina al respecto no es idéntica. A diferencia de lo expuesto en nuestro estudio, PUYALTO FRANCO advierte que los contratos de agencia, distribución y franquicia se caracterizan por la existencia de un fin común cuya consecución requiere de una coordinación en la conducta de los contratantes. Con todo, se trata tan sólo de un uso de terminología distinta porque, en esencia, la autora es de nuestra misma opinión puesto que defiende la necesidad de contar con intereses individuales no coincidentes por los contratantes en las relaciones comerciales distributivas. En este sentido, PUYALTO FRANCO, M.J., “Capítulo 2. Normas que se aplican a todos los contratos a los que se aplica esta parte”, en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., (Coord.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, Atelier, Barcelona, p. 1485.

conectadas mediante el Derecho de redes<sup>1094</sup>. Por tal motivo, la cooperación es el elemento corolario del *intuitu* puesto que contribuye a la estabilidad y duración de los contratos de distribución.

El carácter de los contratos de distribución del *intuitu* ha sido contemplado tanto por el legislador español como por el europeo en cada uno de los intentos fallidos de regulación de los contratos de distribución. Aunque se trata de propuestas de regulación *soft law* que no han entrado en vigor, su contenido ha servido tanto de punto de partida para un futuro texto articulado como de orientación a las partes para la redacción de los contratos. En defecto de pacto, los citados principios han contribuido para la interpretación de los contratos y la resolución de cuestiones litigiosas en el ámbito de la distribución por jueces y tribunales.

### 1. Previsión del *intuitu* en las cláusulas del contrato.

La caracterización de los contratos de distribución comercial como contratos *intuitu personae* implica consecuencias para la celebración, redacción y, extinción del contrato. Junto al concepto, el fundamento y el contenido del *intuitu* en las relaciones distributivas, parece conveniente averiguar el alcance de la confianza entre los contratantes una vez extinguido el contrato.

La respuesta dependerá de la voluntad de las partes de introducir una cláusula de terminación que despliegue todos los efectos del *intuitu* cuando se dé por finalizado el contrato. De hecho, tendrán validez las cláusulas pactadas cuyas condiciones que hayan sido correctamente incluidas por las partes; si bien, éstas deberán resultar razonables<sup>1095</sup>.

---

<sup>1094</sup> Se entiende por Derecho de redes al “conjunto de empresarios vinculados jurídicamente pero económicamente vinculados e interdependientes como consecuencia de compartir la explotación de un bien jurídico, signos distintivos, tecnología, modelo de empresa, productos que se distribuyen o servicios que se prestan”. Así lo expone GONZÁLEZ CASTILLA, F., “La aplicación del principio de relatividad de los contratos a las redes de distribución” en RUIZ PERIS, J.I. (Dir.) en *Hacia un derecho para las redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.97. En todo caso, para ampliar sobre el alcance de esta cuestión se recomienda especialmente, RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, en RUIZ PERIS, J.I. (Dir), *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 9-20.

<sup>1095</sup> El principio de razonabilidad, como bien apunta la doctrina, se traduce por aquello que resulta ajustado a las circunstancias y está directamente relacionado con el principio de buena fe. No se traduce por un justo equilibrio o simetría en las prestaciones de las partes, sino más bien aquello que no consigue sorprender al contratante de buena fe. Así lo expone, en relación a los contratos de distribución, NAVARRO LÉRIDA, M.S., “La vulneración de los pactos del contrato de distribución como actos de competencia desleal”, en

Cuestión distinta será la interpretación de las cláusulas contractuales, en general y las relativas a la terminación, en particular. En este sentido, el art. 1284 CC establece que: “*si alguna cláusula de los contratos admitiere distintos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efectos*”, de lo que se desprende el apoyo al principio de conservación del contrato operante en el Derecho patrimonial, si bien se requiere para su aplicación que la intención de las partes al contratar no haya podido ser precisada mediante los actos tanto coetáneos como posteriores de los contratantes<sup>1096</sup>.

En ausencia de pacto, regirá el régimen supletorio de la teoría general de obligaciones y contratos, que será de aplicación para los contratos de distribución. Y, en su defecto, las disposiciones de la LCA podrán ser de aplicación por analogía; toda vez que, como se ha advertido anteriormente, no operará de forma mimética o automática para los contratos de distribución.

### 1.1. Cláusulas expresas

Habida cuenta los escenarios planteados, las partes podrán incluir en el contrato una serie de cláusulas que habiliten la terminación del contrato ante distintos tipos de supuestos, como son: la quiebra o pérdida de la confianza en las relaciones distributivas, o bien, la concurrencia de una causa sobrevenida que implique la desaparición del sustrato personal de las partes, así como la cesión de los contratos de distribución. A lo largo del presente capítulo nos detendremos tanto en el estudio de las causas sobrevenidas por la muerte, modificación judicial de la capacidad o la declaración en concurso de cualquiera de las partes, como de la cesión de negocio de las relaciones distributivas.

### 1.2. Régimen supletorio

Resulta evidente que, al igual que en el resto de los contratos, los pactos distributivos se regirán por los principios de buena fe e igualdad de trato entre las partes que presiden los artículos 1256 y 1258 del Código Civil respectivamente. Tal y como se desprende de su articulado, no sólo deben cumplir con lo expresamente previsto sino también con todas

---

ALCALÁ DÍAZ, M.Á, *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p.284.

<sup>1096</sup> Así lo exponen los arts. 1282 y 1281 CC, en relación con el art. 1284CC. Para profundizar sobre el tratamiento de los criterios interpretativos de carácter objetivo LASARTE ÁLVAREZ, C., *Contratos, Principios de Derecho Civil II*, Marcial Pons, 19ª Ed., Madrid, 2017, p. 113.

las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe<sup>1097</sup>. Es más, como se ha advertido, el principio de buena fe debe presidir todas las relaciones contractuales, y se encuentra implícito en los contratos de confianza o *intuitu personae o instrumenti*. De hecho, como es sabido, en los contratos relacionales<sup>1098</sup> se presume además la obligación de cooperación entre las partes.

En línea con lo anterior, el Libro IV Parte E DCFR, relativo a la agencia comercial, franquicia y distribución, (art. IV.E.-2:201) también introduce expresamente en el texto la obligación de “*colaborar activa y lealmente y de coordinar sus respectivos esfuerzos para alcanzar los objetivos del contrato*”. La presencia de este precepto en la propuesta para la armonización para el Derecho Europeo de contratos queda justificada en aras de mantener vínculos de colaboración duradera entre empresarios, especialmente en aquellas modalidades contractuales que requieren de coordinación en la conducta de las partes para su estabilidad.

Sin embargo, el deber de cooperación –entendido como un deber autónomo– no está contemplado en ninguno de los textos legales que regulan aspectos parciales de los contratos de distribución en sentido estricto<sup>1099</sup>. Por el contrario, nuestro legislador –inspirado en el DCFR– sí que ha incluido esta obligación en las distintas propuestas de regulación de los contratos de distribución, tal y como se refleja a continuación:

- a) En primer lugar, el art. 10 PALCD (2006) recoge expresamente el deber de colaboración estableciendo que “*el proveedor y distribuidor deberán colaborar para lograr la más amplia difusión en el mercado de los bienes y servicios objeto del contrato*”.

---

<sup>1097</sup> Aunque el contrato no disponga de una cláusula de terminación que obligue a las partes a colaborar con su contraparte, incluso extinguido, la teoría general de obligaciones y contratos implica el deber de actuar conforme al principio de la buena fe, regulado en los arts. 1258 del Código Civil y art. 57 del Código de Comercio.

<sup>1098</sup> Para obtener una definición de *Relational contracts*, MCKENDRICK, E., “The regulation of Long-terms...”, p. 307, o BELL, J., *Op.cit.*, 1989, p. 219.

<sup>1099</sup> Para profundizar, PUYALTO FRANCO, M.J., “Capítulo 2. Normas que se aplican a todos los contratos a los que se aplica esta parte”, en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., (Coord.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, Atelier, Barcelona, p. 1485.

- b) Por su parte, el PLCD exige en su art. 4.1 PLCD (2011)<sup>1100</sup> el compromiso de la buena fe en la ejecución e interpretación de los contratos, añadiendo además un deber de colaboración en la liquidación de las operaciones pendientes en el momento de denuncia o resolución el contrato (art. 26.1 PLCD), e incluso cuando se ha extinguido el contrato<sup>1101</sup>.
- c) Tanto la PCM (2013) como la PALCM (2018), a diferencia del contenido expuesto en el art. 26 PLCD (2011), resultan más genéricas en lo relativo a las causas de extinción del contrato de distribución. De hecho, el art. 543-23 PCM no se entra a valorar los motivos por los que las partes han puesto fin al contrato cuando advierte: “*terminado el contrato de distribución por cualquiera de las causas indicadas en este Código*”. Por su parte, en el precepto del PLCD cita expresamente a la denuncia o resolución por incumplimiento del contrato. No obstante, en ambos textos se establece la obligación de colaboración entre las partes. En esta línea, el art. 543-23 PCM dispone que 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.
- d) Finalmente, pocas novedades ofrece el art. 5104-7 de la PPC (2016) elaborada por la APDC respecto de la obligación de cooperación en la liquidación de operaciones, en la medida que el citado precepto no introduce ninguna particularidad al respecto limitándose a reproducir literalmente el texto del art. 26.1 PLCD.

## 2. Modalidades del *intuitu personae* en los contratos de distribución

La incidencia del *intuitu* en los contratos de distribución generará efectos extintivos ante determinadas circunstancias sobrevenidas a la celebración el contrato que afecten a la

---

<sup>1100</sup>El art. 4.1 PLCD (2011) dispone que “*Los contratos de distribución se regirán por los principios de libertad de pactos, colaboración, igualdad de trato entre las partes, interés mutuo y buena fe en la ejecución e interpretación de los acuerdos*”

<sup>1101</sup> El art. 26.1 PLDC (2011) dispone que las partes tienen la obligación de colaborar en la extinción ordenada adoptando las previsiones que, conforme a la naturaleza y características del contrato, sean conformes a la buena fe.

personalidad de las partes<sup>1102</sup>. Tales circunstancias pueden agruparse en torno a dos tipos de supuestos: ya sea por la pérdida de confianza de una parte con su contraparte; o bien, por la sustitución de una de las partes por un tercero en la relación contractual distributiva.

En el primero de los grupos, cuando se trata de casos que son consecuencia de la pérdida de confianza derivada del *intuitu, sea personae o instrumenti*, la quiebra de la de las relaciones fiduciarias entre los contratantes puede venir motivada por un número ilimitado de supuestos; si bien, este epígrafe va a contemplar aquellos casos que atienden a causas sobrevenidas que hacen imposible la realización de determinadas prestaciones considerado que las características del contratante afectado se encuentran ligadas a la ejecución de dichas obligaciones. Por tal motivo, resulta imposible continuar con la relación contractual<sup>1103</sup>. En particular, se van a estudiar la muerte o declaración de fallecimiento, las medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica o declaración concursal, o incluso preinsolvencia de cualquiera de las partes<sup>1104</sup> como causas de extinción de los contratos de distribución.

Para afrontar el análisis de cada uno de los mencionados casos, -terminación por fallecimiento, modificación judicial de la capacidad o incapacidad temporal, así como declaración concursal- se va a examinar el alcance que tales cláusulas de terminación presentan en las relaciones distributivas. Independientemente de la casuística, la redacción de este tipo de cláusulas se caracteriza por incluir algunos aspectos contemplados en las distintas propuestas de regulación de los contratos de distribución que han surgido en nuestro ordenamiento jurídico (PALCD, PLCD, PCM, PCC elaborado por la APDC y

---

<sup>1102</sup> Este epígrafe presenta un enfoque complementario al estudio realizado respecto al cambio de titularidad de los contratantes como causa de extinción ante una alteración sobrevenida de circunstancias del capítulo anterior (véid, pp. 355-358 de este trabajo).

<sup>1103</sup> La casuística respecto a la quiebra de la confianza de las partes en la relación contractual es variada y puede presentar orígenes diversos. Entre los supuestos más frecuentes, destacan: el cumplimiento defectuoso de las prestaciones a las que se han comprometido las partes, el incumplimiento total o parcial de las mismas, o incluso, el temor de cualquiera de ellas respecto a un futuro incumplimiento esencial de su contraparte. Con todo, los supuestos relativos al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones acordadas por las partes en las relaciones distributivas han sido objeto de estudio en otra sección de nuestro trabajo de investigación. Para profundizar, véase el capítulo relativo a la resolución por incumplimiento como causa de extinción de los contratos de distribución.

<sup>1104</sup> Aunque la desaparición de cualquiera de las partes no siempre conlleva una extinción automática del contrato. La muerte o declaración de fallecimiento del proveedor o franquiciador puede considerarse como causa de extinción automática del contrato por la mayor parte de la doctrina en la medida que el contrato ha sido concluido en atención a las cualidades personales del distribuidor o franquiciado. Es de la misma opinión, TAPIA SÁNCHEZ, M.R., en ALONSO UREBA A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRIA SÁENZ, J.A. y VIERA GONZÁLEZ, A.J. (Dirs.), Capítulo XV “La extinción de los contratos de distribución y agencia como presupuesto de la indemnización por clientela”, en *Los contratos de distribución*, Editorial LA LEY, Madrid, 2010, p. 635.

PALCM), las cuales, se han visto influenciadas por la trascendencia de otros proyectos internacionales anteriores de dimensión continental, como sucede con el DFCR. Con la particularidad que todas estas propuestas no dejan de ser textos *soft law*, por lo que, no tienen carácter imperativo a diferencia de los que sucede con la normativa relativa al contrato de agencia<sup>1105</sup>. Con todo, la regulación del contrato de agencia (LCA, 1992) también ha tenido trascendencia en la redacción de los contratos de distribución y en su aplicación por analogía por jueces y tribunales para la resolución de cuestiones litigiosas en el ámbito de la distribución. Con la salvedad de que tal aplicación no opera de forma automática. Aún así, es sabida la identidad de razón existente entre ambas modalidades contractuales. Por lo que, ambos textos, -las propuestas no vigentes y la LCA- con sus diferencias y particular trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico, resultan de inspiración a las partes para la redacción del contrato.

La problemática se produce, en gran medida, cuando las partes deciden extinguir un contrato sin haber incorporado una cláusula de terminación que contemple cuál va a ser el devenir de los contratantes ante un cambio de titularidad de aquellos, ya sea por el fallecimiento de cualquiera de ellos, por incapacidad, o bien, por una declaración en concurso de su empresa<sup>1106</sup>.

### 2.1. Muerte o declaración de fallecimiento

Entre los supuestos de terminación del contrato que afectan a la pérdida de confianza de las partes se va a exponer, en primer lugar, la muerte o declaración de fallecimiento de una de las partes cuando éstas no hayan dejado acuerdo de sucesión. Aunque no está contemplada como posible causa de extinción de las obligaciones enumerada en la lista *numerus clausus* del art. 1156 CC<sup>1107</sup>, resulta obvio que la muerte del deudor de una

---

<sup>1105</sup> En este sentido, el art. 3 LCA dispone que: “1. En defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa”.

<sup>1106</sup> Por el contrario, las partes deberán limitarse a cumplir con lo establecido en el contrato si hubieran previsto previamente a su celebración una cláusula que contemple las posibilidades de cesión del negocio en caso de muerte o declaración de fallecimiento, incapacidad o concurso.

<sup>1107</sup> El artículo 1156 CC establece que: “Las obligaciones se extinguen: Por el pago o cumplimiento, por la pérdida de la cosa debida, por la condonación de la deuda, por la confusión de los derechos de acreedor y deudor, por la compensación y por la novación”. Con respecto a esta lista, parece evidente que el legislador no ha considerado todos los posibles supuestos de extinción. Por lo que, en mi opinión, resulta una enumeración incompleta. Asimismo, algunos autores consideran que el art.1156 CC enumera sin arreglo a utilidad alguna las causas (de extinción) “porque las que lo sean, lo son por serlo, y no porque se las enumere; y lo que la ley debe hacer no es esto, sino establecer las reglas aplicables a cada una”. Para

relación contractual– y, especialmente, en aquellas relaciones basadas en la confianza como los contratos de distribución- determina *ipso iure*<sup>1108</sup> la extinción de las correspondientes obligaciones<sup>1109</sup>.

La muerte o declaración de fallecimiento<sup>1110</sup> de una de las partes constituye un claro ejemplo de causa de extinción automática y sobrevenida de los contratos de distribución, toda vez que la desaparición de uno de los contratantes impedirá el cumplimiento de las obligaciones adquiridas con su contraparte<sup>1111</sup>. No obstante, esta afirmación es parcialmente cierta porque presenta dos claras excepciones:

- a) De un lado, parece claro que las relaciones distributivas *intuitu personae* presentan, en la mayor parte de los casos, un carácter vertical puesto que son los proveedores o cabeza de red quienes eligen a distribuidores o franquiciados en atención a sus condiciones o características personales<sup>1112</sup>. Por tal motivo, parece razonable que tan sólo en los supuestos de muerte o declaración de fallecimiento del distribuidor o franquiciado, y no al contrario –esto es, muerte del empresario o franquiciador- pudiera considerarse la muerte una causa de extinción automática

---

profundizar, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II (Derecho de obligaciones)*, -puesta al día con la colaboración de Fernando Reglero- Bosch, Barcelona, 2002, p. 298.

<sup>1108</sup> La extinción de una obligación se produce *ipso iure* cuando una vez que concurre una causa extintiva no se requiere de una declaración judicial para constatarla. La doctrina no es unánime al respecto y hay quienes consideran que no siempre la extinción tiene lugar *ipso iure*. Siguiendo a ALBALADEJO, M., *Op. cit.*, Barcelona, 2002, p. 298. Con todo, en lo que respecta a la muerte o declaración de fallecimiento de una de las partes siendo ésta persona física con la que se ha concluido un contrato *intuitu personae*, parece adecuado optar por esta opinión.

<sup>1109</sup> Por todos, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de obligaciones*, Principios de Derecho Civil II, Marcial Pons, 20ª Ed., Madrid, 2016, p. 168.

<sup>1110</sup> Es cuestión debatida por la doctrina la declaración de fallecimiento como una causa de extinción de los contratos de distribución. Con todo, tanto la doctrina como el legislador en el art. 27 LCA reconocen la muerte o declaración de fallecimiento del distribuidor como causa de extinción de los contratos de agencia. Sobre este punto, LARA GONZÁLEZ, R., *Op. cit.*, Madrid, 1998, p. 405.

<sup>1111</sup> En lo referente a persona física, el art. 32 CC dispone que “*La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas*”.

<sup>1112</sup> Por otra parte, cabe afirmar que los distribuidores y franquiciados han procedido a seleccionar la marca de los bienes y/o servicios que van a comercializar siempre que el cabeza de red cumpla los deberes de información precontractual que establece el art. 62.2 LOCM, que establece: “*Con una antelación mínima de 20 días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias*”.

de los contratos de distribución<sup>1113</sup>. Con la salvedad que se produzca la desestructuración de la empresa por muerte del socio fundador y/o administrador único, toda vez que se produce una pérdida de confianza en un contrato *intuitu personae* como es el caso de las relaciones distributivas<sup>1114</sup>. Por su parte, cabe traer a colación el art. 27 LCA<sup>1115</sup>, que se pronuncia únicamente a favor de la terminación del contrato en el supuesto de la muerte o declaración de fallecimiento del agente<sup>1116</sup>, no procediendo a la extinción del contrato por fallecimiento del empresario<sup>1117</sup>. En el análisis de ambas posibilidades nos detendremos posteriormente.

- b) De otro, la afirmación será válida en los supuestos en los que la relación fiduciaria de las partes sea *intuitu personae*. De este modo, el fallecimiento del distribuidor o franquiciado supondría el fin de la actividad comercial, cuyo contrato fue concluido en virtud de las condiciones personalísimas del candidato seleccionado por el empresario. Ahora bien, si la persona fallecida hubiera constituido una sociedad mercantil, su desaparición no afectará a la subsistencia del contrato puesto que la persona jurídica y su estructura empresarial dotaría de estabilidad a la relación distributiva. Una vez más, la confianza de las relaciones distributivas *intuitu personae* viene sustituido por el *intuitu instrumenti* de la empresa del distribuidor, franquiciado, e incluso agente<sup>1118</sup>. Con todo, únicamente podría

---

<sup>1113</sup> No obstante, si la desaparición del proveedor o franquiciador generara una serie de incumplimientos de objetivos, o bien, una carencia de instrucciones y/o transmisión de su saber hacer para con sus distribuidores o franquiciados, éstos podrán –respectivamente- proceder a extinguir el contrato basándose en la quiebra de la confianza de las relaciones distributivas. Entre los posibles supuestos que motivarían la extinción del contrato destacamos el cumplimiento defectuoso del pacto, incumplimiento esencial del acuerdo y, en lo relativo a los pactos duraderos, el desistimiento unilateralmente de los mismos sin necesidad de justificar causa alguna.

<sup>1114</sup> De igual modo lo expone, CORDERO LOBATO, E., “La jurisprudencia relativa al contrato de distribución: exclusividad, inhibición de la competencia, desistimiento y otras cuestiones”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm 13/2008, (Estudio), Navarra, 2008, p. 15/22 Consultado en Westlaw.es (BIB 2008\2444) (consultado el 27.09.2019).

<sup>1115</sup> El art. 27 LCA dispone: “El contrato de agencia se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del agente. No se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del empresario, aunque puedan denunciarlo sus sucesores en la empresa con el preaviso que proceda”.

<sup>1116</sup> Aunque una parte de la doctrina sostiene que la disolución de la sociedad –ya sea el empresario como el agente- conlleva la terminación del contrato de agencia. Vid. LARA GONZÁLEZ, R., *Op. cit.*, Madrid, 1998, pp. 426-427.

<sup>1117</sup> En realidad, la subsistencia del contrato de agencia no se verá alterada por la muerte o fallecimiento del empresario si el contrato no se celebró debido a las condiciones personales de éste sino del agente. Por lo que esta apreciación tendría su fundamento en el carácter *intuitu personae* de esta modalidad contractual. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Op. cit.*, Madrid, 2010, pp. 635-636.

<sup>1118</sup> Así lo expone el art. 27 LCA *in fine*. En el mismo sentido, LARA GONZÁLEZ se pronuncia al afirmar que dicho precepto “no engloba, sin embargo, a la totalidad de los agentes que deben encontrar acomodo

equipararse a la muerte o declaración de fallecimiento de una persona física la extinción de la sociedad<sup>1119</sup>. Y, por ende, con la disolución y posterior liquidación de la persona jurídica se darían por finalizadas las relaciones comerciales distributivas. Aunque, en mi opinión, no se consideraría una causa de extinción automática de los contratos de distribución, habida cuenta que el proceso de extinción de una sociedad conlleva un proceso más complejo<sup>1120</sup> que la muerte de la persona física; y, también podría tratarse de un acto volitivo por parte de los socios mercantiles. Con todo, tampoco es infrecuente la conservación de la empresa, aún a pesar de haber fallecido el agente o distribuidor siempre que, tras la muerte de su titular, se haya designado a un continuador<sup>1121</sup> que goce de la aprobación del empresario<sup>1122</sup>.

El *intuitu personae* en las relaciones distributivas complementa el principio de relatividad que prescribe el art. 1257 del Código Civil, cuando establece que “*los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos*”. Este precepto viene a reforzar la tesis de que los contratos finalizan con el fallecimiento de una de las partes.

A modo de ejemplo, destaca la STS, Sala 1ª, de 22 de diciembre de 2006, (RJ\2007\263), relativa a la extinción de un contrato de distribución exclusiva entre que en su Fundamento de Derecho Cuarto se pronuncia del modo siguiente: “*...las razones expuestas por el juzgador para justificar la existencia de justa causa en orden a poner fin al vínculo contractual —«desestructuración de la empresa y pérdida de confianza en que se asienta la relación» como consecuencia*

---

*bajo el marco normativo de la LCA. Por ello, alguno de los preceptos de esta norma legal han de ser interpretados de acuerdo con la estructura empresarial del agente, la cual nos advertirá del criterio del intuitu personae o del intuitu instrumenti que habremos de tener presente, tal y como hemos apuntado en líneas introductorias*” LARA GONZÁLEZ, R., *Op.cit.*, Madrid, 1998, p. 380.

<sup>1119</sup> Es de la misma opinión, respecto del contrato de agencia, TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Op. cit.*, Madrid, 2010, p. 640.

<sup>1120</sup> Respecto de la disolución de sociedades y la extinción del contrato de agencia, LARA GONZÁLEZ, R., *Op. cit.*, Madrid, 1998, pp. 426-430.

<sup>1121</sup> Cabe precisar que la continuidad de la empresa debe responder al interés general tanto del empresario que la haya adquirido como de sus trabajadores por cuenta ajena e incluso de los terceros a los que sirve dicha empresa como son sus clientes. El difunto distribuidor o agente puede prever la continuidad de su empresa mediante el nombramiento de herederos o legatarios conforme a las disposiciones del Código Civil de la sucesión testamentaria.

<sup>1122</sup> Para ampliar sobre este extremo, nuevamente, LARA GONZÁLEZ, R., *Op.cit.*, Madrid, 1998, p. 390. El autor sostiene, tal y como hemos apuntado, que el otro contratante debe consentir la novación relativa a la personalidad de su contraparte. No precisa, sin embargo, si tal pronunciamiento debe ser expreso o tácito, considerándose válida, al igual que el silencio, la continuación de la ejecución del contrato. Y ello es así en aquiescencia de la nueva situación.

*del fallecimiento del fundador y administrador único de la empresa actora en quien confió Dow para la distribución de sus productos en Lérida y la subsiguiente marcha de aquélla de las personas que integraban el equipo comercial”.*

Por lo que, salvo pacto en contrario, no se transmitirán las obligaciones a los herederos de aquellos contratos personalísimos que han sido concluidos en virtud de las condiciones personales de las partes<sup>1123</sup>. Dicho esto, nada impide a los sucesores del distribuidor o franquiciado a concluir un nuevo contrato con el proveedor o franquiciador; si bien, ésta será una relación distributiva distinta a la celebrada por el causante predecesor<sup>1124</sup>.

Por su parte, las principales propuestas nacionales de regulación de los contratos de distribución no contemplan la muerte, declaración de fallecimiento o modificación judicial de la capacidad como causa de extinción de los acuerdos. De hecho, ninguna de las propuestas reguladoras -desde la PALCD (2006) como la PLCD (2011), la PCM (2013), la PCC (2016) elaborada por la APDC a la PALCM (2018), no profundizan en la terminación de los contratos por circunstancias que afectan a la personalidad de las partes, con la salvedad de supuestos en los que se produzca la alteración del sustrato personal de las partes como sucede con la cesión o modificación de negocio, que analizaremos más adelante.

Asimismo, cabe precisar que, a diferencia de la normativa española que se estudiará a continuación, la regulación comunitaria para los contratos de agencia –esto es, la Directiva 86/653-, no recoge mención alguna en sus disposiciones respecto de la muerte o declaración de fallecimiento como causa de extinción<sup>1125</sup>.

No obstante, el legislador español introdujo expresamente la muerte como causa de extinción de los contratos de agencia. De hecho, precisión al respecto ofrece la LCA, cuyo artículo 27 viene a establecer lo siguiente: *“El contrato de agencia se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del agente. No se extinguirá por muerte o*

---

<sup>1123</sup> También se pronuncia al respecto LARA GONZÁLEZ, cuando advierte que la responsabilidad del que sucede al empresario causante lo es por mera sustitución hereditaria en las obligaciones de éste. Por tal motivo, el heredero se convierte en deudor y, en el supuesto de ser varios, los coherederos solidariamente (art. 661 y 1081 CC). Así lo expone, LARA GONZÁLEZ, *Las causas de extinción...* op. cit., p. 391.

<sup>1124</sup> Así lo expone, TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Op. cit.*, Madrid, 2010, p. 635.

<sup>1125</sup> Para profundizar sobre este extremo, LARA GONZÁLEZ, R., *Op. cit.*, Madrid, 2010, pp. 376 y 377.

*declaración de fallecimiento del empresario, aunque puedan denunciarlo sus sucesores en la empresa con el preaviso que proceda*". De lo que pueden desprenderse principalmente cuatro ideas<sup>1126</sup>:

- a) La primera pone de manifiesto que, en caso de muerte o declaración de fallecimiento del agente, podrá darse por extinto el contrato.
- b) La segunda precisión es que, conforme a los términos del art. 27 LCA, la muerte del empresario no será causa suficiente para proceder a la terminación del contrato de agencia. Este tratamiento jurídico diferente respecto del supuesto de la muerte del agente y/o empresario se justifica considerando que el legislador se ha inspirado en el art. 280 CCom. que regula el contrato de comisión<sup>1127</sup>. En este sentido, procede la extinción de ambos contratos –agencia y comisión- si el fallecido es el agente o el comisionista. Sin embargo, tanto la LCA como el CCom. defienden la continuación de ambos contratos cuando se declara la muerte o el fallecimiento del comitente o empresario principal.
- c) La continuación de las relaciones comerciales después del fallecimiento del empresario principal no implica que, según lo establecido en el art. 27 LCA *in fine*, se impida la facultad de desistir cuando dicho precepto advierte: "*aunque puedan denunciarlo sus sucesores en la empresa con el preaviso que proceda*". Esto es, se pone de manifiesto que los sucesores del comitente o empresario fallecido podrán, en virtud de la confianza recíproca en las prestaciones personales (*intuitu personae*) o empresarial (*intuitu instrumentii*), extinguir el contrato mediante el desistimiento *ad nutum*. Conforme a lo anterior, se reconoce expresa y nuevamente la legitimidad del desistimiento en la medida que un contratante no

---

<sup>1126</sup> Las consecuencias de aplicación del art. 27 LCA (por la muerte o declaración de fallecimiento del empresario y agente) que afectan a la indemnización por clientela o daños y perjuicios han sido abordadas por LARA GONZÁLEZ, R., *Op. cit.*, Madrid, 1998, pp. 381 y ss, y TAPIA SÁNCHEZ, M.R., "La extinción de los contratos de distribución y agencia...", *Op. cit.*, Madrid, 2010, pp. 636-643.

<sup>1127</sup> El legislador (de la LCA) se ha inspirado en otro contrato mercantil y oneroso como es contrato de comisión para contemplar la muerte del agente como causa automática de extinción del contrato. No obstante, a diferencia de su contraparte, no resulta una causa automática de terminación del contrato la muerte o declaración de fallecimiento del empresario principal. Se entiende que el legislador no se ha inspirado en el contrato de mandato, cuya naturaleza es civil y es un acuerdo de carácter gratuito. Pues bien, el art. 1732.3º CC, a diferencia del art. 27 LCA, dispone que el contrato se extinguirá por la muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o mandatario.

está obligado a permanecer ligado indefinidamente en una relación contractual. E incluso, en menor medida, en los contratos de colaboración<sup>1128</sup>.

- d) Finalmente, habida cuenta la mención de “*declaración de fallecimiento del agente*” que contempla el art. 27 LCA, resulta conveniente dedicar una parte a este análisis. Conforme al citado precepto, parece razonable advertir que se contempla únicamente el supuesto de extinción del contrato cuando se trate de la declaración de fallecimiento por desaparición de un agente que sea persona física. Dicho esto, el precepto no resultaría extensible ni aplicable a las personas jurídicas. La razón de esta afirmación radica en la evolución de un *intuitu instrumenti* en detrimento del *intuitu personae*<sup>1129</sup>.

-Por otra parte, en el supuesto de declarar fallecido al empresario principal, se desprende del art. 27 LCA que tal declaración no puede resultar una causa de extinción del contrato. De hecho, resultaría paradójico alegar dicha cuestión si los trabajadores o colaboradores del principal continúan realizando el desempeño de sus funciones. Asimismo, parte de la doctrina, cuya opinión también suscribo, defiende la supervivencia del contrato en el caso de que, aún con el agente desaparecido, su sucesor o sucesores estén realizando una actividad comercial correcta procediendo al cumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato de agencia<sup>1130</sup>.

Ahora bien, la posición doctrinal no es unánime al respecto y hay quienes dudan de las verdaderas capacidades personales y estructurales del continuador. Tanto es así que, en los contratos de agencia, y a diferencia de LARA GONZÁLEZ, TAPIA SÁNCHEZ advierte –y cito textualmente–: “*debido al carácter intuitu personae que tiene el contrato de agencia respecto de la figura del agente, no nos parece muy posible en la práctica la posibilidad de que, una vez desaparecido el agente..., los sucesores del empresario fallecido desarrollen una labor de intermediación satisfactoria*”<sup>1131</sup>. No obstante, habría que estar al caso concreto

---

<sup>1128</sup> Sobre este extremo se ha profundizado en el capítulo relativo al desistimiento como causa de extinción de los contratos de distribución.

<sup>1129</sup> Por todos, TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Op. cit.*, Madrid, 2010, pp. 639-640.

<sup>1130</sup> LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 405.

<sup>1131</sup> Así lo expone, TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Op. cit.*, Madrid, 2010, p. 638.

porque, de ser así, la extinción supone la última *ratio* y no se aprecian motivos suficientes para que las partes decidan extinguir el contrato, especialmente en aquellos contratos de franquicia en el que los sucesores han podido aprehender el *know how* de su actividad comercial o reunir los requisitos para que los franquiciados puedan seguir explotando su negocio conforme a las directrices que diseñó el antiguo cabeza de red. Con todo, ante la declaración de fallecimiento del empresario principal se abren dos posibles escenarios que supondrían otros supuestos de extinción distintos del contemplado en el art. 27 LCA. El primero sería un probable incumplimiento de las funciones por parte del sucesor que, de atentar contra aspectos esenciales del contrato, conllevaría su resolución. Y, en segundo término, también podría darse por finalizado el contrato mediante el desistimiento si así lo considera conveniente el agente siempre que se trata de una relación contractual duradera e indefinida.

## 2.2. Declaración concursal

A diferencia de lo que sucedía en el derecho concursal histórico, la declaración en concurso de la empresa del proveedor o distribuidor no puede considerarse una causa de extinción automática de la relación contractual<sup>1132</sup>. Tampoco el simple hecho de declarar a una parte en concurso habilita a la contraparte a proceder a la resolución del contrato de forma unilateral.

A los contratos de distribución, con el carácter *intuitu* propio de las relaciones de confianza, se les reconoció la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 280 CCom, que determina las causas de extinción del contrato de comisión<sup>1133</sup>. Dicho precepto presenta dos opciones opuestas en virtud del contratante que había sido declarado inhabilitado<sup>1134</sup>. De un lado, si era el comitente el perjudicado, la terminación del contrato

---

<sup>1132</sup> Sobre las diferencias existentes entre el TRLC y el régimen jurídico anterior a la LC del 2003, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Tratamiento concursal de los contratos de distribución”, en ALCALÁ DÍAZ, M.Á, *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 355.

<sup>1133</sup> Claro está que hacemos referencia al contrato de comisión mercantil que no civil, en cuyo caso se trataría de un contrato de mandato caracterizado por ser gratuito.

<sup>1134</sup> El art. 280 Ccom. establece que: “Por muerte del comisionista o su inhabilitación se rescindirá el contrato; pero por muerte o inhabilitación del comitente no se rescindirá, aunque pueden revocarlo sus representantes”.

suponía una justa causa. En cambio, si la contratante *in bonis* era el comisionista, no se daba por extinguido el contrato si bien sus representantes podían darlo por terminado.

A día de hoy, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, (en adelante, TRLC) -al igual que la anterior legislación sobre la materia, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, (en adelante, LC)- dispone que la declaración en concurso de algunos contratantes por sí sola no es causa suficiente para extinguir un contrato de tracto sucesivo con prestaciones pendientes de ejecución<sup>1135</sup>. La finalidad esencial de la legislación en materia concursal es la de proceder a la conciliación de la satisfacción de los acreedores junto con la conservación de la empresa, de modo que el hecho de declarar el concurso no implica también la extinción de toda actividad comercial o empresarial. De hecho, tal y como dispone el art. 111 TRLC los actos de administración inherentes a la continuación de la actividad empresarial del deudor no se paralizan una vez se haya procedido a declarar dicha empresa en concurso.

El TRLC (2020) no ofrece para los contratos de distribución un régimen de regulación específico, por lo que las relaciones distributivas, una vez declarado el concurso, se regulan por las disposiciones comunes de carácter general para las relaciones contractuales establecidas en los artículos 157 y ss. TRLC<sup>1136</sup>. Y ello es así puesto que el interés concursal viene a ser el elemento decisivo para dar o no continuidad a las relaciones distributivas. De lo establecido en la legislación concursal pueden extraerse las conclusiones siguientes:

#### **a) La LC en los contratos de distribución**

##### ***a.1) Principio de continuidad contractual en detrimento de la extinción***

---

<sup>1135</sup> Ahora bien, es posible que en determinados supuestos el juez acuerde el cese –total o parcial- o suspensión de la actividad empresarial, procediendo incluso al cierre de la empresa o establecimiento del concursado cuando resulte imposible el cumplimiento de las prestaciones pendientes o cuando los gastos de continuación de la actividad resulten excesivos para la masa del concurso.

<sup>1136</sup> Del mismo modo se operaba antes de la reforma del TRLC (2020) en la LC (2003). Salvando las distancias con los preceptos anteriores (arts. 61 y ss LC, 2003), vid, ÁVILA DE LA TORRE, A., “Efectos del concurso sobre los contratos de distribución”, en CARBAJO CASCÓN, F., *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, Ed. Tirant lo Blanch y EU Salamanca, Valencia, 2015, p. 547.

En primer lugar, el art.158 del TRLC establece –como regla general- la continuidad de la actividad empresarial en supuestos de declaración concursal de cualquiera de los contratantes. Asimismo, la declaración concursal no podrá considerarse como causa suficiente para extinguir los contratos de distribución siguiendo lo establecido en el art. 157 del citado Texto Refundido. Es más, la realidad socioeconómica del momento actual ha obligado a las empresas del sector de la distribución a tomar medidas en un intento de dar continuidad a su actividad, incluso con anterioridad a la crisis económica derivada de la pandemia, sin que tal mantenimiento supusiera el desconocimiento de las peculiaridades que tal conservación conlleve en un régimen concursal<sup>1137</sup>.

### *a.2) La resolución del contrato (declarado el concurso)*

A continuación, el art. 165 TRLC advierte que la declaración concursal no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de su contraparte. De hecho, producida la declaración concursal de la empresa de un contratante cuyas prestaciones estén pendientes, subsistirán los remedios aplicables al incumplimiento como es el supuesto de la resolución por incumplimiento. En este sentido, el art. TR165 TRLC<sup>1138</sup> también contempla que tanto la administración concursal –en caso de suspensión- como el concursado, en supuestos de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al

---

<sup>1137</sup> Es de la misma opinión en un contexto prepandemia, ÁVILA DE LA TORRE, A., “Situaciones de insolvencia en la distribución comercial” (Coord.) en HERRERO GARCÍA, M.J., *Contratos de distribución comercial*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2010, p. 155. (Ponencias y comunicaciones presentadas en los Congresos organizados por los Proyectos de Investigación “Distribución comercial: contratación nacional e internacional” (SEJ2007-65207/JURI SAO18A07).

<sup>1138</sup> En primer lugar, el art. 158 TRLC indica que *“la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado”*. Asimismo, el artículo 165 TRLC advierte que: *“Aunque no exista causa de resolución, el concursado, en caso de intervención, y, la administración concursal, en caso de suspensión, podrán solicitar la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas si lo estimaran necesario o conveniente para el interés del concurso. 2. Antes de presentar la demanda ante el juez del concurso, las personas legitimadas podrán solicitar al Letrado de la Administración de Justicia que cite al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato a una comparecencia ante el juez del concurso. Celebrada la comparecencia, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. Si hubiere discrepancias, cualquiera de los legitimados podrá presentar demanda de resolución conforme a lo establecido en el apartado anterior. 3. La demanda de resolución se tramitará por los cauces del incidente concursal. El juez decidirá acerca de la resolución solicitada acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Si el contrato a rescindir fuera de arrendamiento financiero, a la demanda se acompañará tasación pericial independiente del valor de los bienes cedidos, que el juez podrá tener en cuenta para fijar la indemnización”*.

interés del concurso<sup>1139</sup>; para lo cual, el juez procederá a la resolución del concurso conforme lo establecido expresamente en la Ley concursal.

Asimismo, en el citado precepto se trae a colación que la resolución voluntaria debe completarse con el art. 161 del TRLC, que disponen que la declaración concursal no afectará a la resolución por incumplimiento de los, si dicho incumplimiento es posterior<sup>1140</sup>. Con la salvedad de que, tal y como advierte el art. 160 TRLC para los contratos de tracto sucesivo -como sucede en los contratos de distribución-, resultará posible la resolución del contrato inclusive cuando el incumplimiento sea anterior.

Pero ¿en qué supuestos debe preservarse el contrato y en cuáles no? Con independencia de que se esté ante un presupuesto voluntario<sup>1141</sup> o necesario, el TRLC no acaba de determinar qué se entiende por interés del concurso. Es más, aunque la casuística es variada, la forma más razonable de entender este interés pasa, en mi opinión, por tratar de satisfacer a los acreedores, en general, manteniendo, de ser posible, la continuidad del contrato. En este sentido, y atendiendo a la finalidad de la norma –como criterio de interpretación del art. 3.1CC- el legislador incorporó el art. 62.3 LC (actual art. 164 TRLC) cuando establece: *“aunque exista causa de resolución, el juez atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado”*. De lo que se desprende que el juez podrá imponer a la parte cumplidora la continuidad del contrato aún a pesar de haber incurrido su contraparte en un incumplimiento resolutorio.

Por último, el art. 163 TRLC trae a colación, una vez declarado el concurso, los efectos de la resolución por incumplimiento del contrato, que hace referencia a la terminación del contrato. *“En caso de resolución por incumplimiento, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el*

---

<sup>1139</sup> De no llegar a un acuerdo entre las partes, tal y como establece el art. 165 TRLC, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.

<sup>1140</sup> De la resolución por incumplimiento como causa de extinción de los contratos de distribución me ocupo en el capítulo segundo de la segunda parte de este trabajo de investigación.

<sup>1141</sup> Cabe traer a colación que el TRLC concede legitimación para proceder a la resolución voluntaria del concurso únicamente el concursado (en caso de intervención en sus facultades de administración o disposición) o la Administración concursal (en caso de suspensión) dejando a la parte *in bonis* sin margen de maniobra.

*concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplidos sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda”.*

### ***a.3) Prohibición de pactos resolutorios por insolvencia***

Por su parte, como se ha advertido, el art. 156 *in fine* TRLC<sup>1142</sup> advierte que se tendrán por no puestas aquellas cláusulas contractuales que contemplen la extinción del contrato por la sola causa de la declaración en concurso a cualquiera de las partes. Lo que viene a reforzar la tesis de la prohibición de pactos resolutorios por causa de insolvencia<sup>1143</sup>, con la salvedad de lo establecido en el art. 159.2 TRLC, que reconoce la facultad de desistir cuando la ley permita pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes<sup>1144</sup>.

### ***a.4) Desistimiento unilateral una vez declarado el concurso***

El art. 159.1 TRLC reconoce la posibilidad de proceder al desistimiento unilateral del contrato cuando éste proceda conforme a la ley, aún a pesar de lo establecido en los artículos precedentes, que son de aplicación general para todos los contratos<sup>1145</sup>. En este supuesto, el efecto principal de la declaración del concurso permitirá la extinción del contrato en detrimento de su continuidad, siempre el desistimiento esté legalmente admitido<sup>1146</sup>.

---

<sup>1142</sup> El art. 156 *in fine* TRLC establece que: “*se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes*”.

<sup>1143</sup> Para ampliar, GONZÁLEZ-ORUS CHARRO, M., “Declaración de concurso y contratos: resolución en interés del concurso y resolución por incumplimiento”, *Ars Juris Salmanticensis ESTUDIOS* Vol. 5, 109-128, Junio 2017 eISSN: 2340-5155, p. 111.

<sup>1144</sup> Esta contradicción resulta especialmente conflictiva, habida cuenta la contradicción existente entre ambos preceptos. Si bien, esta problemática será resuelta a continuación con la estudio detallado de un régimen especial que elude el régimen general previsto en los arts. 157 y ss TRLC, que no es otro que el art. 26.1 b) LCA, que permite pactar en el contrato de agencia la declaración de concurso como causa de extinción del contrato.

<sup>1145</sup> En particular, como hemos advertido la TRLC no dispone de una regulación específica para los contratos de distribución y que, declarado el concurso, éste se rige por las normas generales previstos en los artículos 157 y ss TRLC.

<sup>1146</sup> En ese sentido, conviene precisar que no existe como tal una ley que prevea el desistimiento como causa de extinción para los contratos de distribución habida cuenta que estos acuerdos son atípicos. Sin embargo,

### **a.5) Eficacia resolutoria de la declaración concursal en los contratos de distribución**

Por último, el art. 159.2 TRLC trae a colación la posibilidad de resolver el contrato por la simple declaración del concurso cuando las leyes así lo dispongan o cuando un pacto lo permita. Este precepto está directamente relacionado y en armonía con el art. 26 LCA, de forma que se permite la facultad resolutoria de la parte *in bonis*, adaptando, por tanto, el art. 26.1.b) LCA a los términos de la nueva regulación del concurso de acreedores. Por tal motivo, podemos decir que la declaración de concurso de cualquiera de las partes no extingue *ope legis* el contrato de agencia<sup>1147</sup> pero sí que constituye claramente una excepción al mismo porque permite desistir del mismo sin conceder plazo de preaviso<sup>1148</sup>.

### **b) La LCA en la declaración concursal de los contratos de distribución**

No obstante, la posición recogida en el Texto Refundido de la Ley Concursal difiere notablemente de lo establecido en la regulación de los contratos de agencia. De hecho, tal y como se desprende del art. 26.1.b) LCA, al igual que para los supuestos de resolución por incumplimiento, cualquiera de las partes puede dar por extinguido el contrato en cualquier momento, incluso sin necesidad de preaviso, “*cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso*”. Este tratamiento jurídico semejante al establecido en el art. 26.1.a) LCA en los supuestos de incumplimiento total o parcial de las obligaciones legales o contractualmente establecidas, difiere notablemente de la obligación de preavisar cuando una de las partes pretende proceder a la terminación del contrato mediante un desistimiento sin causa o *ad nutum*. Para ambos supuestos, resolución por incumplimiento o declaración concursal, aunque sin obligación de preaviso, se dará el contrato por terminado una vez se haya recibido la notificación expresa que refleje la causa de la extinción y su voluntad de darlo por finalizado. Por todo lo expuesto, la regulación

---

tal y como hemos puesto de manifiesto en el capítulo precedente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han defendido el fundamento propio del desistimiento como causa de extinción de los contratos en la medida que se prohíben los vínculos contractuales perpetuos. Es de la misma opinión, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *Op cit.*, Barcelona, 2015, p. 363.

<sup>1147</sup> A diferencia del contrato de agencia, la declaración concursal de alguna de las partes en el contrato de comisión (art. 280 Ccom.) o de mandato (art. 1732 CC) sí es una causa automática de terminación de dichos acuerdos.

<sup>1148</sup> ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *Op. cit.*, Barcelona, 2015, p. 366.

prevista para los contratos de agencia supone una excepción al régimen aplicable a los contratos en general, y a lo establecido en la ley concursal, en particular<sup>1149</sup>.

Las divergencias existentes entre el TRLC y la LCA una vez declarado el concurso nos lleva a plantearnos los motivos de tales diferencias y, también, la determinación del régimen jurídico aplicable al respecto.

1) En lo que respecta al primero de los planteamientos, el reconocimiento del desistimiento establecido en el art. 159.1 TRLC podría completarse con otros preceptos como el art. 26.1. b) LCA<sup>1150</sup>, que permite desistir del contrato en cualquier momento sin necesidad de preaviso “*cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso*”. Con todo, el reconocimiento del desistimiento por la LC bien podría responder, en parte, por un intento del legislador español de ofrecer confianza a la parte *in bonis* ante una situación de inestabilidad provocada por el concurso. Además de esta posición, otras opiniones con mayor acogida entre la doctrina están relacionadas con el carácter *intuitu personae* de las partes en los contratos de agencia y distribución<sup>1151</sup>. En este sentido, considerando la relación de confianza entre las partes, parece poco probable que el agente pueda subsistir ante el concurso de su principal, no sólo por el fuerte nivel de integración de los contratantes sino por la intención de favorecer a los acreedores en detrimento del agente. De ahí que resulte razonable que el art. 26 LCA difiera de las cuestiones generales establecidas por el TRLC en los artículos 157 y ss.

Ciertamente, la condición de los contratos *intuitu personae* basado en la confianza contribuye a que el empresario afectado decida no continuar con la relación contractual de duración indefinida y practique el desistimiento unilateral. Dicho extremo parece prevalecer incluso sobre lo establecido en el TRLC respecto de los efectos de la declaración concursal para aquellos contratos con obligaciones recíprocas que estén

---

<sup>1149</sup> Siguiendo a VÁZQUEZ ALBERT, D., en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., (Dirs.), “El contrato de distribución exclusiva” en *Contratos de distribución*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, p. 131.

<sup>1150</sup> Como es sabido, el Tribunal Supremo –aunque no de forma automática– reconoce la aplicación analógica de la LCA para los supuestos de extinción de los contratos de distribución. Por lo que, una vez declarado el concurso, el art. 26 LCA puede operar como ley especial para resolver un conflicto de extinción de los contratos de distribución.

<sup>1151</sup> En ambos razonamientos, siguiendo a ÁVILA DE LA TORRE, A., “Efectos del concurso sobre los contratos de distribución”, en CARBAJO CASCÓN, F., *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, Ed. Tirant lo Blanch y EU Salamanca, Valencia, 2015, pp. 548-9.

pendientes de cumplimiento. Por tal motivo, esta posición no viene sino a reforzar la esencia del *intuitu*, que justifica la terminación de un acuerdo ante una disminución de confianza. La desaparición del *intuitu* es consecuencia de la alteración de la personalidad de las partes, incluso por circunstancias que no imputables a los contratantes. Con todo, parece poco frecuente la obligación de mantener una relación distributiva cuando la confianza de se ha visto alterada por una causa sobrevenida que altere la actividad empresarial entre las partes, pieza fundamental en la concertación del contrato entre las mismas<sup>1152</sup>.

2) Por otra parte, resulta razonable la aplicación de la LCA a los contratos de distribución si una de las partes fuere declarada en concurso. Esta aplicación se fundamenta en el principio general que defiende la aplicación de la ley especial en detrimento de la ley general, todo que la LCA es el resultado de una aplicación por analogía considerando la identidad de razón existente entre ambas modalidades contractuales –agencia y distribución- cuyas relaciones están basadas en la confianza.

Finalmente, las diferentes propuestas de regulación de los contratos de distribución apenas han contemplado la declaración del concurso en su articulado<sup>1153</sup>. Tan sólo la PCM (2013) ha incluido en su artículo 543-21.1 la declaración concursal mediante el desistimiento como posible causa de extinción. Aunque tal precepto coincide prácticamente con el art. 26 LCA, presenta también algún matiz diferenciador. En particular, el art. 543-21.1 PCM (2013) advierte que cualquiera de las partes, con independencia de la duración del contrato, “*podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento sin necesidad de preaviso cuando su contraparte hubiere sido declarado en concurso*”; con la particularidad de que, tal y como se desprende de dicho artículo *in fine*, dicha facultad ha debido de preverse expresamente en el contrato. Así las cosas, las partes han debido de estipular dicha opción previamente a la conclusión del contrato para proceder, declarado el concurso, a la extinción del acuerdo.

### **c) La declaración concursal como causa de extinción del contrato e *intuitu personae***

---

<sup>1152</sup> En este sentido, también lo expone, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Tratamiento concursal de los contratos de distribución”, en ALCALÁ DÍAZ, M.Á., *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 365.

<sup>1153</sup> Ni el PALCD (2006) ni PLCD (2011) ni tampoco, la propuesta que introduce la regulación de los contratos de distribución en la PCC elaborada por APDC (2016) contemplan la declaración concursal como causa de extinción de los contratos de distribución en sus textos.

Al margen de lo dispuesto en la LCA, otro argumento que viene a consolidar que la declaración en concurso es una clara causa de extinción de los contratos de distribución por sí misma es la misma esencia del *intuitu personae*. Así las cosas, el carácter del *intuitu* en los contratos de distribución no enerva la prohibición del art. 156 TRLC. Y ello es así porque la prohibición de pactos resolutorios por insolvencia es una limitación al principio de autonomía de la voluntad en aquellos supuestos en los que la sola declaración de concurso de una de las partes suponga la extinción del contrato. Por todo lo expuesto, las partes podrán dar por terminado un contrato de distribución no por la declaración concursal en sí sino porque el *intuitu* desplegará sus efectos. Dicho de otro modo, las partes podrán incluir una cláusula que ponga fin a la continuidad del contrato cuando cualquiera de las partes se declare en concurso siempre que el *intuitu personae* sea intenso y la declaración de insolvencia pueda afectar a la buena comercialización del producto o negocio<sup>1154</sup>.

Asimismo, y a fin de atenuar las posibles consecuencias del concurso, las partes podrán prever los efectos diversos del mismo mediante la introducción en el contrato la facultad de desistir del contrato por causa de concurso –tal y como establece el art. 543-21.1 PCM (2013) así como una modificación en el supuesto que se pudiera llevar a cabo la refinanciación que habilite la viabilidad de la parte deudora<sup>1155</sup>.

Finalmente, y con independencia de lo expuesto, cabe traer a colación la eliminación de la insolvencia como causa de extinción de los contratos, que incluso va a ser objeto de ampliación para los supuestos de pre-insolvencia contractual. En este sentido, el art. 597 del Proyecto de Ley de reforma del TRLC, de enero de 2022 (para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre reestructuración e insolvencia), dispone se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato por la presentación de la comunicación, admisión, suspensión general o singular de acciones o cualquier circunstancia análoga relacionada con los anteriores. Y, por tanto, tanto este precepto como el siguiente (art. 598 Proyecto Ley de reforma TRLC) -relativo a la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, se

---

<sup>1154</sup> ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *Op. cit.*, Barcelona, 2015, p. 378.

<sup>1155</sup> Siguiendo a ÁVILA DE LA TORRE, A., *Op. cit.*, Valencia, 2014, p.549.

aplicarán a las relaciones distributivas y supondrá una modificación de gran calado para la conservación de los contratos.

### 2.3. De la modificación judicial de la capacidad<sup>1156</sup> a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>1157</sup>

Otra de las causas de extinción de los contratos de distribución consecuencia de la alteración de los sujetos intervinientes en el pacto fue la denominada modificación judicial de la capacidad<sup>1158</sup>; término que, a día de hoy, ha dejado de estar vigente desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se *reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, (en adelante, LAPCD, en vigor desde el 3 de septiembre de 2021)<sup>1159</sup>,

---

<sup>1156</sup>La ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CNUDPD) firmada en Nueva York en diciembre de 2006, no sólo implicó la adaptación del contenido de algunas cuestiones sobre el tratamiento legal de la situación de las personas con discapacidad sino también supuso la sustitución de algunos términos como incapacidad por el de «modificación de la capacidad de obrar». En palabras de GARCÍA CANTERO, la adopción de la nueva terminología ha constituido un obstáculo adicional en la integración de las disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo incluso llegar a suscitar discrepancias terminológicas hasta hace bien poco. Para profundizar, GARCIA CANTERO, G., “Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad”, en SALAS MURILLO, S. (Coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 46. Con todo, desde la entrada en vigor de la nueva normativa (Ley 8/2021, en *vacatio legis* hasta septiembre de 2021), se han producido numerosas novedades en la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE, 3 de junio 2021), que se reflejarán en el presente epígrafe.

<sup>1157</sup> La entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se *reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, (en adelante, LAPCD, en vigor desde el 3 de septiembre de 2021) ha supuesto tanto el fin de la incapacidad judicial como de la modificación de una capacidad que resulta inherente a la persona humana, por lo que, tal y como se deduce del nuevo texto, la capacidad no puede modificarse. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte General y Derecho de la Persona, Principios de Derecho Civil I*, 26º Ed. Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 211.

<sup>1158</sup> No fue hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria, cuando el legislador renunció a utilizar expresiones como personas incapacitadas siendo sustituido por el de personas cuya capacidad está modificada judicialmente. Con todo, aún, hasta las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se *reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, (en adelante, LAPCD, en vigor desde el 3 de septiembre de 2021) algunos de los textos normativos de nuestro ordenamiento continuaban sin haber sido adaptados a las consideraciones de la mencionada CNUDPD, tal y como se requería en la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones... (en adelante, Ley 1/2009, de 25 de marzo). A modo de ejemplo, resultaba destacable que, con anterioridad a la reforma del 2021, el supuesto de algunos preceptos troncales del Código Civil como eran el art. 199 CC o, los arts. 121 y 125 CC, en los que se seguía mencionando la incapacidad. En este sentido lo expone, a modo ilustrativo, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p.211. Sin embargo, desde la entrada en vigor del Anteproyecto, convertido en la LAPCD (Ley 8/2021), tales términos han sido sustituidos por medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

<sup>1159</sup> Tal reforma es consecuencia del *Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* de 2018 que la Comisión General de Codificación había culminado como trabajo preparatorio referente a la modificación del CC y de la LEC en materia de discapacidad para adaptar su regulación a la CNUDPD.

con el objetivo de adaptar nuestra normativa al art. 12 de la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (en adelante, CNUDPD)<sup>1160</sup>, firmada en Nueva York en 2006.

El espíritu de tal reforma resulta evidente, como indica la STS de Pleno de la Sala 1ª, de 8 de septiembre de 2021, (RJ\2021\4002), se suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad pueda precisar “*para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica*” ...*con la finalidad de “permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”*, según dispone el art. 249 CC. Por lo que desaparecen de nuestro ordenamiento las diferencias existentes entre la capacidad jurídica y de obrar<sup>1161</sup>. Lo que, como acertadamente advierte CARRASCO PERERA implica que “*los discapacitados son prima facie capaces de obrar*”<sup>1162</sup>. Con todo, tal afirmación no implica que “*se pueda contratar indiscriminadamente por personas discapacitadas no sometidas a representación legal*”<sup>1163</sup>. De hecho, como se desprende de la LAPCD, se trata de apoyar a la persona que lo precise para contratar; entendiendo este término desde una perspectiva polisémica y global que conlleve la asistencia de todo tipo de actuaciones<sup>1164</sup>.

---

<sup>1160</sup> La entrada en vigor de la CNUDPD, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y publicada en le BOE el 21 de abril de 2008. Como acertadamente expone SOSPEDRA NAVAS, la CNUDPD ha obligado a los Estados Parte a la adopción de medidas correspondientes para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo pertinente para el ejercicio de su capacidad jurídica. Por todos, SOSPEDRA NAVAS, F.J., “Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad”, *Aranzadi digital*, núm, 1/2021, Ed. Aranzadi, p. 1.

Dicho lo anterior, la LAPCD ha supuesto la actualización del ordenamiento jurídico español en lo referente a la anteriormente denominada “modificación de la capacidad de obrar” que, a día de hoy, hace referencia y aborda el contenido de las “medidas de apoyo para las personas con discapacidad”.

<sup>1161</sup> En este sentido, conviene traer a colación el fundamento de esta reforma que no es otro que el de señalar que la incapacitación y la capacidad de obrar representan un atentado contra los derechos fundamentales de la persona. Así lo expone acertadamente CARRASCO PERERA, Á., “Riesgos y estrategias en la nueva contratación con discapacitados, guardadores y curadores”, *Gómez-Acebo y Pombo publicaciones (50 aniversario)*, Análisis-Junio 2021, 15 de junio de 2021, p. 1 (Consultado el 13.10.2021: <https://www.ga-p.com/publicaciones/riesgos-y-estrategias-en-la-nueva-contratacion-con-discapitados-guardadores-y-curadores/>).

<sup>1162</sup> Siguiendo a CARRASCO PERERA, Á., “Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad”, *Publicaciones Jurídicas: Centro de Estudios de Consumo*, Universidad Castilla-La Mancha, 2018, p. 2.

<sup>1163</sup> En este sentido, CARRASCO PERERA, Á., *Op. cit.*, 2018, p. 2.

<sup>1164</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*, Marcial Pons, 26ª Ed., Madrid, 2021, pp. 218 y ss.

En la materia que nos ocupa, desaparece cualquier modificación judicial de la capacidad, por lo que la carencia del apoyo necesario por cualquiera de las partes para el ejercicio de su capacidad de contratar podría suponer una causa sobrevenida de terminación; salvo que tal contratante dispusiera del requerido apoyo asistencial, patrimonial e incluso representativo<sup>1165</sup> de un curador; y, en el caso de tratarse de un menor no emancipado, de un tutor<sup>1166</sup>. Se trata de suplir esas carencias en materia de capacidad con el apoyo de un tercero que siga las indicaciones del contratante, aunque suponga la imposibilidad de cumplir personalmente con las obligaciones pactadas<sup>1167</sup>. Con todo, a diferencia del sistema anterior<sup>1168</sup>, *“predomina la sustitución de en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad a otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”*<sup>1169</sup>.

En lo relativo a los sujetos que hayan celebrado un contrato de distribución, al igual que en el resto de los supuestos, la extensión de la curatela vendrá determinada en una resolución judicial considerando la situación y circunstancias del contratante con discapacidad y sus necesidades de apoyo. Dicho lo anterior, tal situación requiere de una

---

<sup>1165</sup> Para profundizar sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Op. cit.*, Madrid, 2021, pp. 218-219.

<sup>1166</sup> Ya sea mediante la asistencia de un tutor, exclusivamente para los supuestos de menores de edad no emancipados y no sujetos a patria potestad, o de un curador que, desde la reforma de la LAPCD, se aplica al resto de sujetos que precisen de apoyo continuado.

<sup>1167</sup> Con anterioridad a la reforma de la Ley 8/2021, de 2 junio, el art. 1263 CC *in fine* establecía que se deberá estar a los términos señalados en la resolución judicial para averiguar qué actos podrá realizar la persona que tiene su capacidad modificada judicialmente. En la actualidad, desde la reforma de la LAPCD, tal precepto (art. 1263 CC) se centra únicamente en las prohibiciones de contratar por parte de los menores no emancipados, precisando lo siguiente: *“los menores de edad no emancipados, podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”*. Por lo que la presente normativa del CC en vigor abandona el término de la “modificación judicial de la capacidad” relacionado con los anteriores arts. 199 y 200 CC, en los que se hacía referencia al concepto y causas de incapacitación judicial tal y como defendía la CNUDPD (2006). A día de hoy, los nuevos arts. 199 y ss. CC, cuyo Título IX lleva por rúbrica: “De la tutela y la guarda de menores”, hacen referencia a los menores que estarán sujetos a tutela; quedando esta limitada exclusivamente a los menores de edad no emancipados y no sujetos a patria potestad.

<sup>1168</sup> Con la LAPCD desaparece el concepto de “modificación de la capacidad” y modifica la figura de la tutela estableciéndose un sistema de protección en la que se da relevancia a la voluntad propia de la persona con discapacidad, sea expresada de forma preventiva o en el ejercicio de autogobierno. Para ampliar, SOSPEDRA NAVAS, F.J., *Op. cit.*, 2021, p. 5.

<sup>1169</sup> En este sentido, Vid Exposición de motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, *Reforma de la Legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. BOE núm 132, de 3 de junio de 2021.

actuación judicial conforme al procedimiento establecido en el art. 756 y ss. LEC<sup>1170</sup>, que implicará el sometimiento de una persona a un régimen de guarda revisable mediante un curador de contenido flexible<sup>1171</sup>. De este modo, tal y como dispone el reciente art. 269 CC modificado por la Ley 8/2021, la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. De este modo, tal resolución judicial determinará los actos para los que la persona requiere la asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica considerando sus necesidades de apoyo. Y, a su vez implicará que, según lo establecido en los arts. 760 y 761.1 LEC, las medidas procesales que adopte la autoridad judicial sean conformes a las normas de Derecho civil que resuten de aplicación; instándose a una revisión de estas, como máximo, en el plazo de tres años conforme a lo establecido en la Ley 5/2015, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) que, como consecuencia de la aparición de nuevas circunstancias, se pueda instar a un nuevo proceso judicial que tenga por objeto dejar sin efecto el anterior<sup>1172</sup>.

A la vista de lo manifestado, cabe preguntarse si la situación de las personas afectadas por la discapacidad que requieren medidas de apoyo para su capacidad jurídica es compatible con el mantenimiento de la confianza entre los contratantes. Y, por ende, si puede ser causa de extinción del contrato.

-De un lado, parece evidente, en el asunto que nos ocupa, que el contratante con discapacidad pueda tener dificultades para cumplir con las obligaciones a las que se comprometió cuando carecía de tal situación. Particularmente, porque tal

---

<sup>1170</sup> Con anterioridad a la entrada en vigor del Anteproyecto de Ley (a día de hoy, LAPCD) por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad impulsado por la Comisión General de Codificación, únicamente los tribunales estaban legitimados para proceder a la “modificación de la capacidad” en virtud de las causas establecidas *numerus clausus* en el art. 200 CC mediante sentencia judicial. A día de hoy, los jueces y tribunales serán los competentes de adoptar las medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad cuando sea pertinente el nombramiento de curador y se halla formulado oposición en los expedientes de jurisdicción voluntaria.

<sup>1171</sup> Así lo expone, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre las personas con discapacidad”, en DE SALAS MURILLO, S., (Coord.) *Los mecanismos de guardia legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 16-17.

<sup>1172</sup> En este extremo, conviene traer a colación que, en el sistema anterior, la flexibilidad de la resolución judicial se ponía de manifiesto en los artículos 210 y 212 CC (derogados en la actualidad), en la medida que la «incapacitación» declarada por la Sentencia podía ser total o parcial, por lo que era graduable y, además, era revisable de forma que no tenía eficacia de cosa juzgada. En este sentido, algunos autores de la doctrina como el profesor LASARTE han venido a manifestar la indebida e injustificada derogación de ambos preceptos (arts. 210 y 212 CC) habida cuenta que el contenido de estos fue incorporado prácticamente de forma idéntica a los artículos 760 y 761.2 LEC respectivamente con ligerísimas variantes. Para profundizar, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Op. cit.*, 2019, Madrid, pp. 206-207.

discapacidad supone una circunstancia sobrevenida que, siendo posterior al momento de celebración del contrato, puede implicar la imposibilidad de cumplir con las obligaciones pactadas personalmente. Es más, en función de las circunstancias de cada persona, los tribunales pueden concretar en la resolución judicial qué actos podrá realizar el contratante y cuáles no. Así lo advierte el artículo 269 CC *in fine*, cuando dispone que solo en los casos excepcionales que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos<sup>1173</sup> en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. Es más, tal y como termina el citado precepto “*en ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos*”.

-De otro, y, en línea con lo anterior, siguiendo la teoría general de obligaciones y contratos, al tratarse de una obligación propia de los contratos de colaboración que, a su vez resultará imposible, corresponderá a las partes la aplicación del art. 1184 CC, que dispone: “*también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible*”.

Por los motivos expuestos, la discapacidad sobrevenida de uno de los contratantes que requieran de medidas de apoyo para algunas actuaciones en el tráfico jurídico, al igual que en la muerte y o jubilación de las partes, puede suponer la extinción de la relación contractual. La principal razón de la extinción se fundamenta en que se trata de una circunstancia posterior a la celebración del contrato y que ha transcurrido algo de tiempo desde el momento en el que se contrajo la obligación hasta que se produce tal circunstancia que impide el cumplimiento personal del deudor. Y que, por tanto, requiere del apoyo de un tercero que le asiste. Además, toda vez que tal imposibilidad se origina por causas ajenas a la voluntad del contratante, no se le puede atribuir responsabilidad alguna<sup>1174</sup>. Por todo lo expuesto, la discapacidad sobrevenida de cualquiera de los

---

<sup>1173</sup> En este sentido, el art. 269 CC establece que los actos en los que el curador debe prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos en los que debe ejercer la representación siguiendo los criterios fijados en el art. 249 CC.

<sup>1174</sup> De lo contrario, se trataría de una prestación imposible *ab initio* que implicaría la nulidad la relación contractual porque se trata de un objeto imposible a la que nadie puede obligarse (*ad impossibilia nemo tenetur*).

contratantes, siempre que se trate de una causa sobrevenida, podría suponer la liberación del deudor de la prestación contraída procediendo su contraparte a la terminación de la relación.

Del mismo modo, la comercialización de bienes y servicios es, conforme a la teoría general de obligaciones y contratos, una obligación de hacer infungible, toda vez que la persona del deudor, sea proveedor o distribuidor, no puede ser sustituida por la otra en la medida que el proveedor ha depositado su confianza en el primero para cumplir tal prestación<sup>1175</sup>. De ahí la importancia de encontrar una solución por parte de aquellos empresarios que puedan requerir de forma sobrevenida de medidas de apoyo por parte de un tercero sin la previsión de un plan alternativo que permita cumplir con las obligaciones pactadas personalmente, con la salvedad de un distribuidor convertido en persona jurídica que resulte una empresa de profesionales acostumbrada a comercializar dichos bienes y servicios cuyos continuadores puedan mantener la calidad en sus funciones con independencia de la presencialidad o no de su titular.

Finalmente, no antes de concluir el presente análisis parece interesante puntualizar sobre la posibilidad de terminar las relaciones contractuales por un supuesto distinto al requerimiento de medidas de apoyo para las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. De hecho, la incapacidad laboral -sea ésta total, absoluta o gran invalidez- también podría resultar detonante de la extinción de la relación contractual, si bien, no se requiere de una declaración judicial o administrativa. Por tal motivo, no debe confundirse la incapacidad laboral con la discapacidad en la medida que la incapacidad laboral -sea total, absoluta o gran invalidez- va acompañada de la recepción de una prestación. Con todo, en el ordenamiento jurídico laboral, la incapacidad se concibe como una *“inhabilidad manifiesta de hecho, que impida a las partes, personas físicas, desarrollar sus funciones, aunque éstas sean directivas”*<sup>1176</sup>; de cuya definición, se pueden realizar las apreciaciones siguientes:

---

<sup>1175</sup> Siguiendo a DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 2001, p. 145.

<sup>1176</sup> En este sentido, LARA GONZÁLEZ, *Op. cit.*, Madrid, 1998, p. 408.

- a) En primer lugar, para la finalización del contrato debe tratarse de una situación permanente que no pueda ser objeto de mejora. De resultar una circunstancia temporal, la extinción de contrato podría resultar también una solución del todo excesiva que bien podría ser resuelta mediante una medida transitoria que no afecte a la continuidad del contrato. Las alternativas para no poner fin al contrato son abundantes pero todas ellas variarán en función de la relación *intuitu* que presenten los contratantes. De tratarse de una relación *intuitu persone* (en atención a las condiciones o circunstancias de la persona), el afectado podría buscar un distribuidor o proveedor sustituto y dejar en suspenso (*stand by*) la relación contractual con el sujeto afectado. La misma propuesta sería de aplicación cuando el proveedor no tuviera una estructura u organización empresarial suficiente (*intuitu instrumenti*) para poder hacer frente a la obligación contraída y dicha situación derivase en un incumplimiento de la prestación pactada.
- b) En segundo término, parece evidente la extinción automática del contrato cuando el empresario persona física sea declarado como persona incapacitada laboralmente -sea total, absoluta o gran invalidez- para desarrollar tal actividad. En tal supuesto, no serán precisos los efectos del *intuitu* para proceder a la terminación del contrato, habida cuenta la inhabilitación para el desarrollo de sus funciones del sujeto contratante. En definitiva, no parece del todo clara la visión del legislador en este punto porque, a diferencia de lo sucedido para la muerte o declaración de fallecimiento de cualquiera de las partes, en el art. 27 Ley del Contrato de Agencia (en adelante, LCA) que se ha aplicado analógicamente para resolver cuestiones litigiosas en los contratos de distribución-, no hay disposición alguna respecto de la incapacidad administrativa, enfermedad o discapacidad. Sin embargo, resulta conveniente resaltar el contenido del art. 30.2 LCA apartado 2º, en la medida que dicho precepto contempla indirectamente la invalidez o la enfermedad del agente como posible causa de extinción del contrato al prever que no pudiera exigirse

a éste el cumplimiento de las prestaciones por imposibilidad razonablemente de continuar con sus actividades<sup>1177</sup>.

Con todo, para proceder a la extinción del contrato se deberá atender a los términos en los que se pronuncie la resolución judicial al respecto, ésta podría ser causa suficiente para la liberación del deudor de la prestación contraída procediendo su contraparte a la terminación de la relación distributiva.

A la vista de lo que antecede, conviene concluir precisando el alcance de la legislación sobre las medidas de apoyo para las personas con discapacidad que, a su vez, son contratantes de una relación *intuitu personae o instrumenti*. En este sentido, y recapitulando brevemente:

-Resulta conveniente plantearse las soluciones que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para anticiparse a la discapacidad, *incluso con anterioridad a la celebración y entrada en vigor de la de la CNUDPD (2006)*. En este sentido, cabe traer a colación una de las figuras más innovadoras que propuso la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. La citada normativa contempló por primera vez en nuestro Código Civil la configuración de la propia tutela en su artículo 234<sup>1178</sup> en virtud del principio de autonomía de la voluntad; si bien, la autotutela se ha visto también reformada por la Ley 8/2021, de 2 junio, convirtiéndose en autocuratela<sup>1179</sup>. Así las cosas, en tal previsión, el auto curatelado puede adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de curador según dispone el

---

<sup>1177</sup> Menos profundidad al respecto parece haber tenido el legislador o la APDC en las diferentes propuestas nacionales de regulación de los contratos de distribución. De hecho, todas ellas son textos articulados no vigentes pero muy posteriores en el tiempo a la regulación del contrato de agencia (1992) cuya influencia ha marcado, junto al DCFR el contenido de dichos materiales. Con todo, resulta un tanto paradójico que ninguna de estas propuestas haya contemplado entre las causas de terminación de las relaciones distributivas aquellas circunstancias sobrevenidas que afectan a la titularidad de las partes. En mayor medida, cuando se tratan de contratos fiduciarios en los que el *intuitu* despliega su eficacia, con o sin sustitución del *personae* (atendiendo a las circunstancias personales) o *instrumenti* (considerando su estructura empresarial).

<sup>1178</sup> El artículo 234 CC establece: “Para el nombramiento de tutor se preferirá:1) al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223...”.

<sup>1179</sup> Mediante la autocuratela se permite a cualquier persona, tanto si es mayor de edad o menor emancipada, proponer el nombramiento de una o varias personas para el ejercicio de la curatela mediante Escritura pública. Tal nombramiento se realizará en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarse el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.

art. 271CC<sup>1180</sup>. Con todo, cabe destacar que los contratos celebrados por personas cuya capacidad jurídica se haya visto afectada por la discapacidad requerirán, necesariamente, de las medidas de apoyo de la persona que asuma dicha institución de curatutela.

-Por otra parte, con la entrada en vigor de la *CNUDPD (2006)*, nuestro ordenamiento jurídico se ha ido adaptando a la Convención progresivamente; tratando de incorporar las actualizaciones necesarias para dotar de mayor protagonismo a las personas con discapacidad, en la toma de sus decisiones personales y de la disposición de sus actos patrimoniales. Y lo expuesto está en línea de la flexibilidad contemplada en la *CNUDPD* que, tal y como reflejó la STS de Pleno, Sala Primera, de 29 de abril de 2009, (RJ\2009\2901) se trató de hacer un traje jurídico a medida sobre la capacidad real de la persona que, en su momento, vió modificada su capacidad de obrar. Es más, tal y como apuntaba la doctrina, la curatela, con alguna modificación y reforma de nuestro ordenamiento jurídico como la efectuada por la *LAPCD (2021)*, podría convertirse en un instrumento cada vez más graduable que refleje la voluntad del discapacitado utilizándolo como mecanismo de apoyo<sup>1181</sup>. Y, como es sabido, tal anuncio premonitorio se ha concretado, como tal, en los artículos 271 y ss del CC, que regulan la curatela en la actual reforma. Por tal motivo, en las relaciones contractuales *intuitu personae* cuyos contratantes estén sometidos a curatela, cabe como solución, -en virtud del art. 12.4 *CNUDPD* y de la STS, Sala Primera, de 11 de octubre de 2017 (RJ\2007\4290)-, que el curador respete los deseos y preferencias de aquel, sea éste el contratante el principal o el encargado de prestar la obligación personalísima de hacer. En este supuesto, se podría evitar, incluso, la terminación del contrato.

---

<sup>1180</sup> Como dispone el art. 271CC: “Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo”.

<sup>1181</sup> Analizando el significado del término apoyo, conforme a la interpretación realizada por la doctrina del art. 12 *CNUDPD*, conviene resaltar que dicha acepción incluye el soporte necesario para celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. En este sentido, DE SALAS NAVARRO, S. “Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº5/2018, p.4.

-Otra solución interesante y previa a la reforma operada de la LAPCD era la contemplada expresamente en nuestro Derecho Foral; principalmente, en el art. 150.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFa) o en el Código Civil Catalán (art. 223-6) que, tal y como se ha mencionado con anterioridad, suponía una solución intermedia. A su vez, resulta una tendencia flexibilizadora hacia la construcción de nuevas figuras porque se fusionan funciones de representación y asistencia considerando las necesidades de la persona cuya capacidad de obrar ha sido modificada judicialmente, y de lo que sería “su traje a medida”. De hecho, esta solución fue también asumida por la jurisprudencia, entre otras SSTs, Sala Primera de 8 de noviembre de 2017 (RJ\2017\4760) que, siguiendo las bases del pronunciamiento de la STS de Pleno de 29 de abril de 2009 (RJ\2009\2901), advierte: «*También es cierto que precisamente la necesidad de atender a las circunstancias personales del incapacitado puede aconsejar que, limitada la capacidad de una persona, necesite la función de asistencia para determinados actos que pueda hacer por sí, pero no solo, y la función de representación para otros*»<sup>1182</sup>.

-Por último, conviene traer a colación la LAPCD (antiguo *Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*). En la citada normativa, se aportan novedades que, sin duda, han afectado a la capacidad de las personas, toda vez que se institucionaliza la guarda de hecho no constituida judicialmente, se prevé la auto propuesta de medidas de apoyo por el afectado, o incluso, se regula la curatela como una institución de apoyo que comporta también la asistencia negocial. Lo que supone que el curador puede ser representante legal y sustituir al discapacitado en la celebración de los contratos<sup>1183</sup>.

Por todo lo expuesto, parece que, entre las soluciones expuestas, deberían perfeccionarse algunas figuras ya introducidas en nuestro ordenamiento jurídico civil como la

---

<sup>1182</sup> DE SALAS NAVARRO, S., *Op. cit.*, 2018, p. 4.

<sup>1183</sup> Aunque la doctrina es unánime en lo relativo a la disposición de los derechos de la personalidad en materia de discapacidad, parece evidente que no lo es tanto en lo referente a los negocios de tráfico patrimonial oneroso inter vivos. Y esto es así porque, para que el discapacitado pueda «desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad» parece que el Anteproyecto insistió en que los negocios de tráfico patrimonial sean tratados como desarrollo de la personalidad desatendiendo el principio de seguridad jurídica. Lo que podría afectar negativamente a la estabilidad de los contratos onerosos celebrados con terceros de buena fe. En este sentido lo expone CARRASCO PERERA, A., *Op. cit.*, 2018, pp. 2 y 5. Una vez que ha entrado en vigor la LAPCD (2021), comparto la opinión del Profesor Carrasco considerando el alcance de tal normativa en el Derecho de obligaciones y contratos.

autocuratela -anterior autotutela-, los podereres y mandatos preventivos y la adaptación flexible de la curatela en nuestro Derecho común del mismo modo que sucede en nuestro Derecho foral. Y todo ello, en la medida que, hasta la entrada en vigor de la LAPCD (2021), *“la curatela fue preponderante y la tutela es residual”*. Y en el supuesto de nuestra materia, en defecto de previsión de autocuratela o poderes preventivos por parte de cualquiera de los contratantes, parece evidente que la mejor solución al respecto pueden proporcionarla los tribunales. Si bien, con la reforma operada por la LAPCD, el legislador ha asumido, por fin, el vacío existente adaptando la CNUDPD a la casuística, y confeccionando un traje a medida para aquellos sujetos que han visto modificada su capacidad.

#### 2.4. Cesión de negocio

Otro de los supuestos que pueden ser alegados como causa de extinción de un contrato de distribución es la cesión no autorizada del contrato por cualquiera de las partes a un tercero<sup>1184</sup>. La cesión de negocio supone la transmisión de la posición de uno de los contratantes a un tercero ajeno a la relación distributiva para que ocupe su lugar en el contrato. Por tal motivo, dicha transmisión supone una alteración del sustrato personal que podría ser considerada como una causa justificada de terminación de un contrato de distribución sin necesidad de preaviso y sin indemnización alguna, si así estuviera expresamente previsto. De hecho, tanto la transmisión de la empresa del distribuidor como la cesión de un contrato a un tercero sin haber requerido el consentimiento expreso del proveedor no sólo pondría en riesgo la continuación de la relación contractual, sino que también supondría una quiebra grave de la confianza entre las partes<sup>1185</sup>.

Dicho lo anterior, la cesión del negocio en los contratos de distribución requiere de un análisis detallado habida cuenta que el elemento fiduciario que caracteriza las relaciones distributivas merece que sus contratantes se presten lealtad recíproca. No sólo por la colaboración económica y duradera que dota a las partes de una estabilidad necesaria para

---

<sup>1184</sup> Con la salvedad de que la cesión estuviese prevista en el contrato y existiere un consentimiento autorizando dicha transmisión por parte de los contratantes implicados.

<sup>1185</sup> Por todos, CARBAJO CASCON, F., “El contrato de distribución selectiva” en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., (Dir.), *Contratos de distribución*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, pp.92-93.

la ejecución de sus prestaciones sino también por la confianza en las cualidades personales (*intuitu personae*) o de su estructura empresarial (*instrumenti*) que caracteriza cualquier modalidad contractual distributiva en sentido estricto<sup>1186</sup>. Dicho esto, nada parece prohibir que, con el consentimiento de ambas partes y del resto de sujetos implicados -cesionario, cedente y su contraparte,- se proceda a la cesión para la comercialización de bienes y servicios en virtud del principio de autonomía de la voluntad que prescribe el art. 1255 CC. Es más, conforme a las reglas generales del Derecho de obligaciones y contratos, se prohíbe la cesión el contrato sin el consentimiento emitido de la parte cedida, puesto que el acreedor debe conocer las condiciones del deudor al que se encuentra ligado. Es más, el art. 1205 CC dispone que: “*la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor*”.

Ahora bien, al igual que en las cláusulas de terminación, se deberá proceder a un estudio caso por caso para averiguar si procede la cesión del negocio. De hecho, no es infrecuente que las partes hayan decidido prohibir la cesión de negocio expresamente en el contrato, como consecuencia del citado principio de libertad contractual. Por lo que, de proceder a la cesión del contrato sin el consentimiento necesario de la parte afectada, podría considerarse un incumplimiento de entidad suficiente para dar por extinguido el acuerdo mediante la resolución del contrato por incumplimiento de este en virtud del art. 1124 CC.

Por su parte, las propuestas nacionales de regulación de los contratos de distribución, aunque fallidas, también han contemplado la cesión del negocio. Como se ha advertido, todas ellas no dejan de ser textos jurídicos no vigentes pero su contenido puede servir de orientación a las partes para introducir expresamente una cláusula al respecto en el contrato. De este modo, el legislador introdujo en el art. 15.2 PALCD (2006) que el distribuidor podrá nombrar a colaboradores y agentes sin vínculo alguno con los proveedores siempre que tal extremo no se hubiere prohibido en el contrato, y cito

---

<sup>1186</sup> La posición doctrinal no es unánime al respecto, toda vez que algunos autores consideran que el *intuitu personae* que caracteriza a los contratos de distribución no implica que éstos sean personalísimos porque son “esencialmente instrumentales y se refieren a la capacidad técnica, profesional o financiera del distribuidor”. Así lo expone ALONSO SOTO, R., “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRIA SÁENZ, J.A. y VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Dirs.), *Los contratos de distribución*, Ed. LA LEY, Madrid, 2010, p. 61.

textualmente: “*salvo que en el contrato de distribución se hubiere establecido lo contrario*”. La Propuesta de Anteproyecto de 2006 sirvió de embrión jurídico para los textos que le siguieron sobre las relaciones distributivas, entre las que destacan las siguientes:

- a) El PLCD (2011) dedicó a la “cesión del contrato” el art. 18, por la que se permite la cesión total o parcial del contrato de distribución siempre que se haya obtenido el consentimiento de ambas partes, proveedor y distribuidor. Con todo, dicho precepto presenta una excepción con una serie de condicionantes que se desarrollan en el apartado 2º del citado precepto cuando advierte que el proveedor no podrá negar su consentimiento a la cesión total o parcial del contrato si la empresa cesionaria pertenece a su red de distribución integrada, o “*se compromete por escrito a mantener la organización, medios y recursos que el cedente mantenía afectos a la actividad de distribución*”.

Este precepto resulta, sin duda, la disposición más completa en comparación con la PCM (2013), la PALCM (2018), o incluso con la PCC (2016), que nada dice al respecto. Y ello es así tanto por introducir la cesión del negocio en su articulado de forma autónoma como por exigir la autorización de ambas partes, proveedor y distribuidor. Por su parte, el art. 18.2 PLCD (2011) va más allá cuando obliga al proveedor a admitir la cesión del negocio si se trata de un distribuidor que ya pertenezca al canal de distribución del cabeza de red. Dicho extremo es, en nuestra opinión, razonable porque ya había sido seleccionado por el proveedor como candidato para la comercialización de sus bienes o servicios.

Por otra parte, este precepto puede presentar otra lectura bien distinta a la opinión anterior si se contempla desde la perspectiva de la limitación de la facultad del proveedor respecto de la elección de sus colaboradores. Aunque, en mi opinión, se sigue respetando el *intuitu personae* de las relaciones distributivas, toda vez que, si la empresa cesionaria pertenece a la red de distribución del proveedor, habrá sido merecedora de la confianza del proveedor o cabeza de red.

- b) El art. 543-13 apartado 2 PCM (2013) coincide –en su totalidad- con el art. 15.2 PALCD al permitir la cesión total o parcial del contrato de distribución con la excepción de haber quedado prohibido expresamente en el contrato. Por su parte, como se ha advertido con anterioridad, este precepto del PCM no es del todo coincidente con el art. 18.1 PLCD en la medida que el segundo requiere del consentimiento de ambas partes, proveedor y distribuidor y, en el art. 543-13.1 PCM tan sólo se solicita el consentimiento del proveedor; omitiéndose, por tanto, la aprobación del distribuidor. Dicho de otro modo, según dispone el art. 543-13.1° PCM se permite la cesión total o parcial del contrato siempre que no esté prohibido expresamente en el contrato y el proveedor haya emitido su consentimiento. Además, el apartado 2° de dicho artículo PCM admite que los agentes u otro tipo de colaboradores nombrados por el distribuidor “*no tendrán vínculo alguno con el proveedor salvo que en el contrato de distribución se hubiere establecido lo contrario*”. Lo que podrá suponer unas consecuencias distintas de responsabilidad de las que rige en el principio de relatividad de las partes en el contrato.
- c) Finalmente, la PCC (2016) elaborada por la APDC –a diferencia de las anteriores- no contempla, como tal, ninguna disposición relativa a la cesión de negocio. Lo que supone un paso atrás en la regulación de estos contratos respecto de las propuestas anteriores. Con todo, hay tres preceptos que están directamente relacionados con dicho aspecto.

-En este sentido, el art. 5103-1 profundiza en los deberes de información durante el contrato; y, particularmente, su apartado 2° establece la obligación de “*comunicarse con un plazo razonable cualquier circunstancia que pueda afectar con carácter sustancial a la ejecución del contrato*”. Sin duda, la alteración de la sustancia personal de los titulares del contrato sería una circunstancia esencial para un contrato que ha sido concluido en virtud del *intuitu*, sea este *personae* o *instrumenti*.

-Por otra parte, aunque no se trata de una cesión de negocio, el art. 5103-8 PCC (2016) dispone la prohibición de la subcontratación de la ejecución de la distribución de bienes o servicios objeto del contrato, o la designación o el empleo

de colaboradores independientes sin el consentimiento previo del proveedor. Incluso aunque sea una zona geográfica limitada o se trate de una acción dedicada para un cierto grupo de clientes.

-Finalmente, el art. 5102-6 hace referencia a la “modificación de los contratos de distribución”. De los tres preceptos que podrían acoger la cesión de los contratos de distribución, éste último resultaría el más apropiado, toda vez que sería el supuesto más aplicable al caso. Dicho precepto establece que *“las modificaciones de los contratos de distribución se realizan de mutuo acuerdo y sin abuso de la situación de dependencia de la contraparte. En el caso de contratos multilaterales o de redes de distribución las modificaciones no deben ser injustamente discriminatorias”*. Pues bien, en este precepto se podría incluir un segundo apartado que viniera a introducir la cesión de negocio, y de este modo, contemplaría la posibilidad de que el proveedor fuera la parte fuerte del contrato –como sucede en la mayor parte de los supuestos-, con la salvedad de aquellos sujetos que son grandes distribuidores de bienes y servicios.



## CONCLUSIONES:

### I. DELIMITATION AND RELEVANCE OF THE SUBJECT:

1. Distribution agreements are an exceptional instrument for the functioning of the market and a key tool of the globalized economy at the service of companies in international business. Their importance is based on the fact that, despite being an agreement celebrated business to business (between businesspeople), they have been included in the *Proposed Civil Code* (hereinafter, PCC, 2016) drafted by the Association of Professors of Civil Law (hereinafter, APDC).

2. Distributive relationships have become an autonomous category of private law, in general, and of collaborative contracts, in particular. Because of their frequency and particularity in legal transactions, distribution contracts have become a part of the business network law, included in a system of integrated indirect distribution. This legal singularity goes beyond a bilateral relationship between a distributor and a supplier since it is a mixed contract in which the parties are legally bound but are economically interdependent. The contracting parties, who share the same business model, relate to each other through networks presided over by a network head with multiple national and international distribution channels.

3. The termination of distribution relationships is one of the most interesting legal issues, both in terms of volume and content. The termination of contracts reflects and culminates the dynamism of the activity and is also where the largest number of disputes between the parties is concentrated. Therefore, the termination of the agreement is a matter of sufficient importance to be the subject of a doctoral thesis. Especially when it is a business problem that lacks a legal-regulatory solution.

4. This research work analyses the types of problems that arise after the termination of the contract. This work has examined in depth each of the supervening cause of termination of distribution contracts. However, the effects which, despite their importance, could be the subject of a subsequent and independent investigation, have not been dealt with in this work. Therefore, such relevant termination issues such as customer compensation, compensation for damages or the re-purchase of stock material will not be the subject of this study.

## II. TIPOLOGY OF DISTRIBUTION CONTRACTS:

5. Distribution relationships are distinguished by the degree of integration of the members of the network, differentiating those agreements in the broad sense from other agreements in the strict sense (*strictu sensu*). Likewise, regarding the doctrine and the proposals for the regulation of distribution contracts, this paper has opted for the most restrictive categorisation of distribution contracts. They are identified with an integrated indirect distribution system. In this sense, distribution contracts are those collaborative relationships between entrepreneurs in which a supplier or manufacturer agrees with the distributor to deliver a good or service for resale according to his guidelines or indications, whether or not in a specific area or place. Therefore, excluded from the concept are those typical typologies such as agency contracts which, although they are also *intuitu* relationships, one of the parties is not integrated in the distribution channel of the network head. This translates into an intermediary, commission agent or person in charge of supplying goods and services who does not undertake a direct risk for the performance of such activity.

6. It is common for the bargaining power of the parties in distributive relationships to be asymmetrical. The parties often conclude a contract of adhesion, also known as a framework contract, whereby one contracting party proposes its binding content, and the other party has to sign it without any possibility for revision. Conflict arises from the asymmetry of bargaining power between the supplier and the distributor, which, with the exception of the food chain, is usually a multinational company, as opposed to the distributor, which is,

in most cases, a local Small and Medium Enterprise (SME). Another exception is the bargaining power concentrated in the large retail outlets for the marketing of small suppliers' products.

7. Exceptionally, on a sectoral case, the content of *Law 12/2013 of 2<sup>nd</sup> August, on measures to improve the functioning of the food supply chain* (recently amended by Law 16/2021 of 14 December) is legally noteworthy, as it identifies the supplier on an equal position with the weaker party of the contract in the food sector, even defending its interests.

8. In the absence of legislation that regulates distribution contracts, the imbalance affecting the distributor's interests must be resolved in courts. A regulatory solution is needed for distributive relationships which ensures both the equal bargaining power of the parties and the introduction of mandatory provisions protecting the weaker party to the contract. Such actions would provide legal certainty for the parties after the termination of the contract and reduce litigation.

### III. REGULATORY FRAMEWORK AND BUSINESS PROBLEM:

9. To date, some national and international proposals for regulating distribution relationships have been adopted but have not finally come into force due to opposition from suppliers or manufacturers. Among the general and specific ones, the following are noteworthy at national level: the *Preliminary Draft Law on Distribution Contracts* (hereinafter APLCD, 2006), the *Draft Law on Distribution Contracts* (hereinafter PLCD, 2011), the *Proposal for a Commercial Code* (hereinafter PCM 2013) -although distribution contracts were removed from the regulation in the *Preliminary Draft Law on the Commercial Code* (hereinafter, APCM, 2014)-, the Civil Code Proposal drafted by the APDC (2016) and, finally, the Proposal for the Preliminary Draft Law on the Commercial

Code (hereinafter, PALCM, 2018). At the regional level, the principles of the European Private Law Model or *Draft Common Frame of Reference* (hereinafter referred to as DCRF, 2008), Part E of Book IV of which will establish common provisions for the regulation of agency, distribution, and franchising contracts, stand out. However, the intention of the technical experts to regulate distribution contracts is not a trivial matter, as the Council of State warned when contemplating such a need in the PCM (2013) as opposed to the reality of politicians to eliminate this possibility in the APCM (2014) and, to date, in the APCM (2014).

10. As has been mentioned, our legal system does not have a regulation governing distribution contracts, however, it does provide for the regulation of agency contracts in *Law 12/1992 of 27 May 1992* (hereinafter, LCA), which was the result of the transposition of Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986. This legislation protects the interests of the agent on an imperative basis (art. 3 LCA) and has been applied by analogy for the protection of distributors in certain cases, given the identity of reason existing between the two collaborative relationships. In fact, the disparity of protection criteria offered by the legislator to the agent, in comparison with the distributor or weaker party to the contract, who is left unprotected, is evident.

11. The lack of regulations governing distribution contracts has led law courts to resolve many disputes by analogical application of the LCA. Even for those agreements concluded verbally or which, *"having been documented, did not contain any provision on the settlement of the relationship between the parties upon termination of the contract"*. However, the Spanish Supreme Court in some of its court rulings, such as the STSS of Plenary of 15 January 2008 (RJ\2008\1393) and of 8 October 2013 (RJ\2013\8002) has warned that, as a rule, the analogical application is not mimetic and should not operate automatically. Therefore, its application will depend on the specific case.

12. Having said this, it would be a priority to regulate distribution contracts in to avoid the legal uncertainty that prevails in distribution relationships upon termination of the contract. All the more so, given the disparity of criteria with which the law courts have operated in the different cases since the aforementioned STSS of Plenary of 15 January 2008 (RJ\2008\1393) and of 8 October 2013 (RJ\2013\8002), which prohibits the analogical application of the LCA. For instance, another more recent pronouncement in the STS of 16 March 2016 (RJ\2016\858), relating to the termination of an exclusive distribution contract, which states that: "*in accordance with art. 4.1 CC, distribution contracts in which there is no clause regulating the consequences of the termination of the contract may be integrated by analogy*", stands out in this line.

#### IV. COMPARATIVE LAW LESSONS:

13. Compared with the options offered by the laws studied, no European legal system, either *Continental law* or *Common law*, has regulated distribution contracts. Exceptionally, Belgian law recognises the distributor as a weaker party to the contract by regulating distribution relations through the *Loi de 27 juillet 1961* (amended in 1971 and introduced in the *Code de Droit Économique*). Its provisions are mandatory, provided that the parties have expressly concluded the contract in accordance with this law. However, it is not transferable legal text since, given the singularity of the rule, it protects only Belgian distributors in the absence of suppliers among their nationals.

14. French law is the comparative law model on which our Spanish legal system should be based if it had not regulated distribution contracts. It is a legal system that has provided mandatory protection for the weaker party to the contract in both special and general laws. Among other measures, the express recognition of unilateral termination caused by a sudden termination ("*retrait brusque*") in the *Code Commerce* (art. L-442-6-I-5°), the obligation to renegotiate the fluctuating price of goods and services in the (*Loi Hamon, 03/2014*) and the comprehensive

reform of the general theory of obligations and contracts in 2016 stand out. With this last regulation, French law has anticipated the contractual needs both in times of pandemic and post-COVID with the introduction of art. 1195 CC; which allows the modification of the terms of the contract in the event of a supervening change of circumstances.

15. Italian law was a pioneer in foreseeing normative solutions that would resolve our object of research. However, measures such as the unilateral termination (*recesso*) in Art. 1373 of the Codice Civile or the minimum duration introduced for franchising contractual relations in *Legge no. 129/2006* would be insufficient to guarantee the protection of the distributor or to resolve the problems arising from the termination of contracts. Likewise, as in Spanish law, the courts have to deal with the resolution of disputes between the parties. Even the provision of precepts such as art. 1467 *Codice Civile*, which is an advance compared to our system in the modification of contracts, seems insufficient to bring the parties closer together from their antagonistic positions and eliminate their discrepancies.

16. Among the systems presiding over the Common Law, English law is a very singular legal system due to the small number of disputes arising on termination of contracts. However, this model would not be applicable to solve the problems arising at the termination of distributive relationships in Spanish law for the following reasons:

Firstly, the dispositive principle of the will of the parties (*freedom of the parties*), which presides the Private law, conditions any intervention by the courts. Therefore, the courts would not be able to offer solutions to correct the agreed imbalances. Such a limitation would significantly harm the interests of the weaker party towards vis-à-vis the network head. As a counterpoint, British law has previously protected the interests of micro-entrepreneurs with the coming into force of the *Unfair Contract Terms Act* (hereinafter UCTA, 1972), which imposes a reasonableness test for contract terms, detects unfair terms and dismisses them

as unlawful. On the other hand, it is noteworthy that the number of disputes in the United Kingdom is lower than in Spain, considering the precision and idiosyncrasy of the parties during the making the drafting of contracts, studying the particularity of each detail. The prior and meticulous examination of each of the aspects of the contract has contributed to reducing disputes between the parties. Consequently, has already reduced the litigiousness of distributive relations.

17. Special mention should be made to the United States law, whose provisions could be an example for our system for the following reasons.

On the one hand, both the mandatory federal regulations (*statutory law*) and the individual regulations of some of the States (*Franchise Relationships Laws*) protect franchisees and distributors in the negotiation of contracts in general against termination or non-renewal without cause. In addition to the regulatory solution described above, there are other remedies contemplated in the special laws of some key sectors such as petroleum. In fact, the *Petroleum Marketing Practice* has a bearing on unilateral termination *ad nutum* by establishing the duty to give notice and to repurchase the goods held by the distributor. In fact, as the American doctrine has rightly defended, distributive regulation by sector would be the most appropriate regulatory solution for the proper functioning of the marketing of goods and services.

-On the other hand, in the absence of a regulatory solution, the U.S. legal system also provides a mechanism for controlling general terms and conditions if one of the parties has limited bargaining power. The solution for eliminating unfair terms in a contract of adhesion would be up to the courts in accordance with the *doctrines of unconscionability* or surprise behavior and *reasonable expectations* in US contract law.

18. Inspired by U.S. law, other legal systems in the *Common Law* orbit are more protective of the weaker party of the contract, offering both normative and jurisprudential solutions. On the one hand, Australian and South African law have regulated distribution contracts by equating the distributor or weaker party to the agreement with the consumer. On the other hand, the New Zealand courts have ruled on the similarities shared by the distributor and the employee in an employment relationship. In my opinion, such regulatory initiatives would have a place in our legal system given the large number of micro-entrepreneurs and SMEs that make up the Spanish businesses and the limited possibility of negotiation offered to such firms in the drafting of contracts.

#### V. TERMINATION AT-WILL:

19. Unilateral termination-at-will is, after termination for breach of a contract, the most frequent cause of termination of distribution relationships of indefinite duration. To date, there is no doctrinal, case law or legal unanimity in terminology to refer to the power to terminate the contract by one of the parties without the need to allege just cause. The terms revocation, unilateral termination-at-will, denunciation or withdrawal are used interchangeably. However, both the special laws - such as Royal Legislative Decree 1/2020, of 5 May, approving the *Consolidated Text of the Insolvency Act* and Law 49/2003, of 26 November, on Rural Rentals (hereinafter TRLC and LAR, respectively) - and the proposals for the regulation of distribution contracts have followed the provisions of Art. 25 LCA by using the term denunciation.

However, the Spanish Supreme Court has rightly ruled that termination-at-will (*desistimiento*) is the most advisable meaning for the termination of contracts of indefinite duration (among others, the STS of 15 March 2011, (RJ 2011), while the term claim should only be used when the termination affects fixed-term contracts. However, it is not possible to terminate from a fixed-term contract because it is a true ante tempus breach.

20. *Termination-at will (ad nutum)* is based on the freedom of the parties as opposed to perpetual or *sine die* contractual links which are prohibited by the CC in certain cases such as contracts for works ("*contrato de obra*") or leasing of services ("*contrato de arrendamiento de servicios*") (Articles 1583 and 1594 respectively). The perpetuity of contractual relations could be considered a general principle of law contrary to public policy, as far as it is a limitation to the *principle of the freedom of the parties*. If it existed, it would be considered an abusive agreement and the clause would be null and void.

21. Although both parties are entitled to terminate the contractual relationship, in practice termination by the distributor hardly occurs, or at least has a very low rate of litigation. The supplier receives a higher profit while the distributor has to bear higher costs, making him/her, with a few exceptions, the weaker party in the distribution relationship.

22. In the absence of a termination clause in the contract and in the absence of any regulation in this respect, termination-at-will be applied by *analogy iuris* to distribution contracts. The power of termination would guarantee both the freedom of enterprise and the free competition of the contracting parties. Particularity, in the case of *intuitu* relationships in which mutual trust must be kept for the duration of the contract. Furthermore, it is not compulsory for the parties to invoke just cause or to prove a special reason. However, the contracting parties may provide in the contract for a termination clause based on just cause, so that it is not considered an arbitrary or abusive termination at will.

23. *The doctrine of good faith (buena fe)* - recognised by the general theory of obligations and contracts (arts. 1258 CC and 57 of the CCom.) - is the principle that must preside over distributive relationships. Termination at will as a power to terminate the distribution contract must be exercised in good faith; the party who suffers the termination must be notified within a reasonable period of notice that allows him/her to avoid additional damages while amortising the investments

made. Otherwise, false expectations of continuity of the relationship would be generated for the distributor, who would not be able to recover the investments that were imposed on him/her for the exercise of their activity. Such conduct would result both in the absence of good faith or abuse of law (art. 7.2 CC) and in acting contrary to one's own acts.

24. In our legal system there is no unanimous criteria that determines which period of notice is reasonable in the field of distribution contracts. The parties may agree on the extinctive power of termination- at- will by determining the period of notice that they consider sufficient, by virtue of the principle of the freedom of the parties. For instance, it is worth mentioning the STS, 1st Chamber, of 9 July 2008, (RJ\2008\4369), which considered it appropriate for the parties to have agreed a period of notice of only seven days on the basis of mutual understanding and trust. Without considering, however, the asymmetry between the contracting parties (COCA COLA S.A. and its distributor, Envasados del Sur, S.L.) and the adhesion clauses that the Provincial Court (Audiencia Provincial) of Seville appreciated when deciding the appeal.

25. So far, the analogous application of Art. 25 LCA has been used. That is, one month per contract year up to a maximum of six. This duration has proved to be very appropriate for specifying the period of notice for open-ended contracts, given the identical nature of the reason for both types of contract. In this respect, it is advisable to expressly establish a reasonable period of notice period for each contractual relationship in order to ensure the protection of the distributor's interests while at the same time providing legal certainty for the termination of contractual relationships.

26. All proposals for the regulation of distribution contracts, both national and European, have provided for termination-at-will as a cause for termination. However, they have not specified how much notice would be reasonable and should be given to the finishing party. Exceptionally, the Common Frame of

Reference for European Contract Law (hereinafter, DCFR) stands out among all of them for the precision with which it has been dealt as regards fixing of the notice period. Article IV.E.-2:302.3 recognises the reasonableness of giving notice within a period of notice necessary for the party who has no interest in the termination of the contract but tries to find a possible alternative to its business while amortising its investments. On the other hand, Article IV.E.-2:302.4 provides that such a period shall be conditional on the duration of the contract, if it does not exceed three years. However, in my opinion, such a time (3 years) would be excessive for *intuitu* relationships, especially if the confidence of one of the parties has declined.

## VI. TERMINATION FOR NON-FULFILMENT (Breach of a contract)

27. The most relevant cause for termination of distributive relationships is termination due to breach of exclusive agreements. The importance of this clause has also been acknowledged both by international doctrine and by some of the national regulatory proposals, including the PLCD 2011, by classifying the grounds for termination of contracts into two categories: termination for breach and the rest of the grounds for termination of contracts. Any punctual non-performance or non-performance of ancillary obligations is not a sufficient ground for terminating the contract since the non-performance is required to be essential (Art. 1124 CC). Unless the cause of performance of a non-main obligation is of such importance that the purpose of the distributive relationship is frustrated. A non-performance that is committed in a serious and reiterated manner is considered to be essential for the parties, and the party who invokes it must have previously fulfilled the obligations that he/she reciprocally assumed in the contract.

28. The enforceability of the obligations assumed in the contract by one party will depend on the performance of the obligations assumed by the claimant, also known as the exception of non-performance of the contract (*exceptio non*

*adimpleti contractus*). It is noteworthy how this exception of performance of distributive relations has been especially recognised by the doctrine for those cases in which one of the parties does not comply with its obligation, justifying its refusal either because there is a defect in the object of the performance, or because of its lack of completeness. On the other hand, both doctrine and case law have constructed the notion of non-performance (breach of the contract) independently of the obligor's fault, following the *Common Law* model, since the contracting party, whether supplier or distributor, is not bound by the promise of future conduct but by the result.

29. As is well known, the seriousness of the non-performance is the most influential criterion for the termination of the contract, not only for doctrine but also for case law. The relevance of this requirement in distribution contracts is even greater. Otherwise, it would encourage abusive attitudes that could cover up opportunistic behaviour and unilateral termination-at-will under the excuse of a punctual breach.

30. In the absence of performance of the obligations assumed by the parties, it is worth mentioning *anticipatory breach* as a preventive method for the aggravation of the risk and production of damage. This conventional institution is recognised in Art. 72 of the CV (*The Vienna's Convention on Contracts for the International Sale of Goods*) when admitting the allegation of non-performance before the expiry of the contract as a remedy of termination. Anticipatory breach (anticipatory breach in common law systems) is very frequently introduced in contracts concluded under Common Law for those cases in which one of the parties is unwilling or unable to perform at the time of the expiry of the contract. Moreover, at the same time, the other party cannot reasonably continue the contract whose performance has been frustrated.

31. The incorporation of the second chance principle in the fulfilment of obligations is provided for in Art. 24.1 PLCD (2011) and would be a very

appropriate alternative to the remedy of resolutive distributive agreements. This precept would contribute both to the preservation of the contract and to the amortisation of the investments made by the distributor, especially in times of economic crisis or in the new post-pandemic era. However, such a possibility will be operative if the purpose of the contract has not been frustrated, if the debtor has notified his counterparty of the impediment and the consequences on their ability to perform. To this end, regardless of Art. 24.2 PLCD, (which proposes thirty days for remedy), I consider that the duration of the additional period for performance should be specified, leaving a reasonable period in accordance with the interests of the parties as a supplementary period.

32. As termination for non-performance is one of the causes of an infinite number of problems, we would like to highlight at least one of them, which is the non-fulfilment of the minimum purchase and sale objectives, as it is the most paradigmatic one.

It is not a matter of debate that compliance with the so-called minimum buy/sell targets has generated numerous conflicts between the parties. Incorporated into the framework contract at the request of the network head, the weaker party of the contract must undertake compliance with them with little room for negotiation. This leads to obvious compliance difficulties, which can sometimes result in the termination of the contract. For example, two types of cases stand out:

-On the one hand, beyond the distributor's real market supply needs, it is not uncommon for the commercial targets imposed by the supplier to be unreasonable or exorbitant. The imposition of such targets would constrain not only the distributor's ability to supply but also its investments. The loss of purchasing power leads to a reduction in the minimum number of goods to which it has committed itself and may even lead to non-compliance. This would affect the validity or continuity of the contract, with the supplier being able to terminate the contract for breach of contract.

-On the other hand, the ordering of goods by the head of the network could encourage abusive attitudes that could cover up opportunistic behaviour and unilateral termination- at- will under the justification of an isolated breach.

The resolution of this asymmetric situation would require both regulatory and contractual measures which will be set out at the end of the conclusions, both in the regulatory and contractual proposals.

## VII. DURATION OF THE CONTRACT:

33. The duration of distributive relationships is an essential element in the causes for termination of contracts, which will be prolonged according to the interests of the parties and the kind of contract chosen by them. The fulfilment of the agreed objectives requires a minimum duration that guarantees the amortisation of the investments made by the distributor. Likewise, the head of the network opts for a fixed-term contractual relationship that allows it both to monitor the efficiency of the know-how and to terminate the agreement without the need of a compensation once the agreed term has expired. Or, on the other hand, the renegotiation of the contractual conditions from a more advantageous position or the reorganisation of its network.

34. As already known, competition law and the prohibition of perpetual relationships have an impact on the duration of contracts and place a limit on the parties' freedom of choice. Under the sectoral rules in force, distribution contracts in the motor vehicle sector with a duration of at least five years should be converted into open-ended contracts or terminated. On the other hand, perpetual or *sine die* contractual relationships have no legal protection, are contrary both to public policy and the principle of freedom of a business and competition. And they are null and void. This would require that the termination be made in good faith, without abuse.

## VIII. SUPERVENING ALTERATION OF CIRCUMSTANCES:

35. The supervening change of circumstances is considered a cause of termination of distribution contracts for those cases related to non-performance, caused by some unforeseeable event that has not been assumed in the contract and that breaks the balance of the performance. Similarly, the obligor in a distribution relationship would be released from his obligation when the performance is legally or physically impossible.

36. It is unavoidable to ask whether, in the face of a change of circumstances, the preservation of the contract should prevail over the revocability of the contractual relationship on the terms initially agreed. Undoubtedly, the continuation of the contract requires a revision of its terms in accordance with the *rebus sic stantibus* doctrine. For which it is necessary that the alteration was the consequence of an unforeseeable event, not attributable to the debtor party and which entailed a much greater effort for one of the parties than that initially foreseen in the contract. Likewise, the pronouncement of the Spanish Supreme Court, STS, of 6 March 2020 (RJ\2020\879), states that it must be a long-lasting relationship or one of successive tract; as the contracts of a distributive relationship result.

37. The possibilities of renegotiating the terms of the contract will depend on the specific case. However, the difficulty of performance does not mean the impossibility of performance. Since, as has been noted, the impossibility of performance of the services undertaken in the contract would imply its termination.

38. The *rebus sic stantibus* clause has been introduced in most of the legal systems of our environment. This has rightly been the case in the Italian, German, Portuguese, and French Civil Codes. Such a provision, however, has not taken place in our legal system and the normative recognition would be very appropriate for the resolution of supervening circumstances, not undertaken in the contract, which would entail a real imbalance for the affected party.

39. If the event that has occurred is excessively burdensome for one party, and destroys the equivalence of the obligations originally agreed, the other party should agree to renegotiate the terms of the contract. Neither party should be obliged to bear such an unassumed risk on such a scale. However, the solution to these cases would be to regulate the distribution relations in such a way that the terms of the contract can be modified by mutual agreement. With the guarantee that the modification of these contractual terms would not be discriminatory.

#### IX. THE IMPACT OF *INTUITU*:

40. The scope of *intuitu personae* influences the termination of the contract as it is an assignment of a highly personal nature originating solely in the personal or business qualities of the contracting party. The breach of that trust, whether it be *personae* or *instrumenti*, enables the party who has suffered such a disappointment to reconsider the future of its distributive relationship to the point of proceeding to its extinction. 40.

41. The effect of the *intuitu* will have different effects depending on the reasons for which the contract was entered into. The loss of one of the parties will keep the contract in force if the motives inspiring a contract were not only based on the personal qualities of the other party but also on the existence of a sufficient business structure for the marketing of the supplier's products. Therefore, in this case, the automatic termination of the contract will be an excessive solution.

42. Among the *intuitu personae* cases that alter the contracting parties and that may even result in the termination of the contract, we can point out the death, the insolvency or bankruptcy, the transfer of business or the fact of becoming a person with disability.

43. In order to adapt our legislation to the *United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (hereinafter UNCRPD, New York in 2006), the Spanish Law 8/2021, of 2 June, has come into force, which has brought about the reform of civil and

procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity (hereinafter LAPCD). Considering this Statutory law, any procedure for judicial modification of capacity disappears, so that the lack of the necessary support by any of the parties for the exercise of their capacity to contract could be a supervening cause for termination, unless the contracting party had the required assistance, patrimonial and even representative support of a guardian. However, as is well known, the preservation of distributive relationships could vary according to the *intuitu personae* or *instrumenti*.

44. The Spanish (*Real Decreto Legislativo*) *Royal Legislative Decree 1/2020, of 5 May, approving the Consolidated Text of the Insolvency Act* (hereinafter, TRLC), provides that the declaration of insolvency of some contracting parties is not sufficient cause to extinguish a contract of successive tract. Even with performance pending execution, such as that resulting from distributive relationships. Moreover, Article 158 of the TRLC establishes - as a rule - the continuity of the business activity in cases of declaration of bankruptcy of any of the contracting parties.

45. However, the argument that consolidates the fact that the declaration of insolvency is a clear cause for the termination of distribution contracts in itself is the very essence of *intuitu personae*. The *intuitu personae* in distribution contracts does not undermine the prohibition of Art. 156 TRLC. And this is so because the prohibition of termination agreements due to insolvency is a limitation to the principle of free will in those cases in which the mere declaration of insolvency of one of the parties entails the termination of the contract. For all of the above reasons, the parties may terminate a distribution contract not because of the declaration of insolvency itself but because the *intuitu* will unfold its effects.

46. The elimination of insolvency as a cause for termination of contracts will be extended to cases of pre-insolvency. In this sense, by virtue of art. 597 of the *Draft Bill to reform the TRLC, of January 2022* (for the transposition of Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council, on restructuring and insolvency), stipulates that contractual clauses that provide for the suspension, modification, resolution or early termination of the contract due to the presentation of the notice, admission, general or singular suspension of actions or any analogous circumstance

related to the above will be deemed not to have been put into effect. Both this provision and the following one (Art. 598 Draft Law on the reform of the TRLC) - relating to the termination of contracts with reciprocal obligations pending fulfilment - will be applicable to distributive relationships and will represent a major modification for the preservation of contracts.

## X. CRITICAL ASSESSMENT

47. In view of the analysis carried out in this work, the adoption of a regulation on distribution contracts is a practically unquestionable necessity. It is difficult to understand how the legislator has not currently adopted a specific regulation for this type of collaboration contracts. In particular, when almost half a dozen different national regulatory proposals have been drafted since 2006 to date (APLCD-2006, PLCD-2011, PCM-2013, PCC-2016 and PALCM-2018) but none of them has finally come into force. For this reason, and as mentioned in this paper, the protection of the weaker party to the contract - identified in most cases with the exception of the food chain and large retail systems - in the distributor or franchisee, should not only be limited to the provision of more information, but also to measures that contribute to their protection in a comprehensive manner.

48. Among all the national proposals for the regulation of distribution contracts, the PLCD (2011) is, in my opinion, the draft that best delimits the scope, object, content, duration and termination of distribution relationships. Although the Proposed Draft Bill of the Commercial Code (hereinafter, PALCM 2018) is similar to the PLCD (2011) in its binding content, it would not be the most appropriate option due to the lack of protection of the weaker party of the contract in such sensitive aspects such as duration or termination. In particular, the PALCM does not provide for the amortisation of the investments made by the distributor for the performance of the contract.

49. Moreover, the PCC (2016) presents some elements that would advise against its coming into force with regards to distribution contracts for the following reasons:

-Initially, inspired by the *Common Frame of Reference* (DCFR), the PCC has incorporated in its articles the agency contract, an agreement that is regulated in the LCA and which is far from the contractual modalities in the strict sense of integrated indirect distribution.

-The proposal also partially defines the selective distribution contract by omitting the reasons of quality and specialisation that should characterise the selective distributor in order to protect the reputation and brand image. This, in turn, would render ineffective the *intuitu personae* that characterises this type of agreement.

50. Regardless of the coming into force of a regulation governing distributive relationships, the general theory of obligations and contracts should be amended. Book IV of the *Spanish Civil Code* needs to be adapted to the structural and conjunctural needs of the economic, political, energy or health crisis that contracting parties must face in this Post-COVID era. In my opinion, the updating of the *Proposal for the Amendment of the Civil Code* (PMCC 2009), also adapted to the harmonisation of European contract law, would be a legal tool to avoid the litigiousness of international business.

51. With the reform brought about by Law 8/2021, 2 June (LAPCD, 2021), the legislator has finally taken on board the existing gap in our legal system, adapting it to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. It has contributed to the adoption and elimination of many of the existing terminological discrepancies such as "incapacitation or judicial modification of capacity" but little progress has been made in the text with regard to the contractual capacity of persons who have suffered a supervening disability. Once again, the courts must be called upon to make a "tailor-made suit" for those contracting parties who need the support measures of a guardian. Or if they are minors, a guardian. As will be seen in the policy proposals, the property solutions for a supervening disability must be previously advanced by the contracting parties.

## XI. REGULATION PROPOSALS:

52. The regulation of distribution agreements should only cover those contracts in the strict sense, such as exclusive, selective and franchising distribution. In my view, other similar contracts should be excluded which, in addition to being regulated by the law, they are not integrated into the distribution channel of the network head. For example, an agency contract or a simple supply contract.

53. Certainly, the regulation of the contract should contain a minimum obligatory content of a dispositive nature, which avoids legal constraints for the parties or limits the contractual freedom inherent in a private law relationship. However, those provisions relating to the protection of the interests of the distributor or weaker party to the contract would be exceptionally imperative. Among them, the following are highlighted.

54. Firstly, the regulation of distribution contracts should include a provision recognising unilateral withdrawal as a cause for termination of the agreements. It would be an institution similar to the unilateral termination (*recesso*) contained in the *Italian Codice civile*, provided that it is endowed with a period of notice that is reasonable for the withdrawn party. In this sense, a reasonable period of notice granted to the withdrawn party would be one that lasts for sufficient time both for the reorganisation of the business network and for the adoption of measures to avoid new investments or to reduce the disadvantages of the termination of the contract.

55. Alternatively, if distribution contracts are not regulated, it would be advisable to include termination-at-will in Art. 1156 CC as a cause for termination of obligations. Such a precept should be supplemented by two conditions:

-The first is that the circumstances conditioning it should not result in an abuse of law for the party who suffers the termination. Therefore, a surprise termination (even rupture) would be prohibited, which would be contrary to one's own actions.

-The withdrawal should be exercised in accordance with the doctrine of good faith, by observing the period of notice. The length of such a period should take account of the principle of reasonableness, according to the duration of the contract and the cost of the investments made by the weaker party to the contract.

56. The minimum duration of contracts should include a sufficient minimum period of amortisation of the investments made for the performance of the agreement, as provided for in Article 21.2 PLCD (2011). The PALCM (2018) does not provide for this, so that, if the latter regulation is chosen, the parties should provide for a termination clause as a contractual solution that provides for the amortisation of the investments made by the distributor or franchisee.

57. Another fundamental aspect that the law on distributive relationships should cover would be the minimum purchase/sale targets. Especially in the case of contracts with exclusivity agreements for which an obligation to perform and an obligation not to perform are required. Such a provision could be inspired both by art. 12.1 PLCD (2011) in fine and art. 545-10 PALCM (2018), which protect the weaker party to the contract by prohibiting the sale of batches or series of products not required by the distributor or franchisee. Moreover, in case of disagreement with the network head, a mediator or independent arbitration expert could be called in.

58. The proposed regulation of distribution contracts should offer, as a regulatory solution, the modification of the terms of the contract by mutual agreement. This should be a renegotiation of the covenants that does not discriminate against the weaker party to the contract. In fact, following the PCC (2016, art. 526-5-2°), the obligation to retain the contract would not be equitable when, considering the contractual and legal distribution of risk, the contracting party adversely affected would have attempted a negotiation in good faith aimed at a reasonable revision of the contract. Failing this, as has been pointed out in the work, the application of the provisions of Art. 1213 PMCC (2009) would be very convenient, which would allow, depending on the case, the revision of the contracts or their termination. The updating of the theory of obligations and contracts would undoubtedly be the most appropriate proposal to combat the current socio-economic, political, and military uncertainty in a post-pandemic context.

59. In order to resolve the main conflicts arising between the contracting parties in an *intuitu* relationship, among the solutions put forward, some figures already introduced in our civil legal system prior to the Spanish Law 8/2021 should be perfected, such as self-guardianship (*autocuratela*) -formerly self-guardianship (*autotutela*)-, preventive powers and mandates, and the flexible adaptation of guardianship. In this way, the contract will be preserved as anticipated by the contracting party affected by a supervening disability while complying with the spirit of the reform. As the judgement of the Spanish Supreme Court (*STS de Pleno*) de la Sala 1ª, of 8 September 2021, (RJ214002) indicates, “the declaration of incapacity” is suppressed and focuses on the provision of the necessary support that a person with a disability may require "for the *adequate exercise of their legal capacity*" ...with the aim of "*allowing the full development of their personality and their legal development in conditions of equality*". Although such a reform specifies the personal aspects, it does not go into the property matters of persons with disabilities in any depth.

60. Another interesting solution prior to the reform of the LAPCD was the one expressly contemplated in our Spanish Foral or Special Law (*Derecho foral o especial*), mainly in Art. 150.2 of the *Aragon Foral Law Code* (hereinafter, CDFA) or in the *Catalan Civil Code* (Art. 223-6 CCC), which would be an intermediate solution. At the same time, it is a flexible tendency towards the construction of new figures because the functions of representation and assistance are merged considering the needs of the person whose capacity to act was judicially modified, and of what would be "his or her tailor-made solution". In fact, this solution was also assumed by case law, among others SSTS, First Chamber of 8 November 2017 (RJ2017\4760) which, following the basis of the pronouncement of the Plenary STS of 29 April 2009 (RJ2009\2901), warns: "*It is also true that precisely the need to attend to the personal circumstances of the incapacitated person may advise that, when a person's capacity is limited, they need the function of assistance for certain acts that they can do by themselves, but not alone, and the function of representation for others*".

## XII. CONTRACTUAL PROPOSALS:

61. In addition to the normative proposals set out above, it is advisable to mention some of the contractual proposals that could contribute to the reduction of conflicts in distributive relationships. In line with the above, the main contractual solution for the resolution of conflicts, once the contract has been concluded, is based on a precise and careful drafting of each one of the terms of the agreement and the scope of its obligatory content.

62. The parties should provide for a termination clause in the contract that enables either of the contracting parties to exercise unilateral termination *ad nutum* with the obligation to respect a period of notice to the termination party. Such a clause should also establish what period of notice would be reasonable and sufficient for the amortisation of the investment made by the distributor or franchisee, while allowing the party who has suffered the termination-at-will to proceed with the reorganisation of its activity.

63. The principle of contractual freedom would enable the parties to identify those cases of non-performance that are serious and essential. Such behaviour would lead to the termination of the distributive relations by termination for breach of contract. However, it is possible to introduce a second opportunity (*Second chance principle*) for the other party to perform in other cases in which the non-performance could be remedied. To this end, I believe that the duration of the additional period for performance should be specified, leaving a period of thirty days as a supplementary period. Or, failing that, the period that is reasonable according to the interests of the parties.

64. Similarly, it is worth highlighting some solutions specific to the nature of distribution contracts which, in my view, would be useful for contractual relations marked by the uncertainty of the post-COVID era.

-The first would involve anticipating many of the problems that may arise in the face of certain changing circumstances in distribution contracts and which could be left to the drafting of the agreement. Given the relational nature of distributive relationships, it seems advisable for the parties to leave some of the aspects of the content of the contracts

unspecified; if they specify some estimates, at least in the abstract, of the elements that they leave unspecified. To an even greater extent, in the case of durable and trust-based contracts, it would be reasonable to incorporate some aspects of the contract during the performance of the contract. This would prevent the performance of the agreed services from being excessively burdensome.

-The second is the provision of a clause providing for cases of hardship whereby the agreed services may be modified or, where appropriate, the contract may be terminated. The identification of the foreseeable risks undertaken should form part of the list of clauses that post-COVID contracts should include. In particular, in cases where there is evidence of a serious imbalance between the parties, such as economic fluctuations, the increase in the price of a barrel of oil, or the exponential increase in the cost of raw materials such as gas or cereals as a result of the war in Ukraine.

65. Among the issues that could be addressed in a termination clause would also be those affecting the *intuitu* of distributive relationships:

Not only it would be prescriptive to address a self-judging clause detailing the asset support measures that the contracting parties should take in the event of a possible supervening disability. But also, given the intensity of the *intuitu*, the parties could include a clause that terminates the continuity of the contract when either of the contracting parties becomes insolvent and the declaration of insolvency could affect the proper marketing of the product or business. Or even, in order to mitigate its possible consequences, the parties could foresee the various effects of the same by introducing in the contract the possibility of withdrawing from the contract due to insolvency - as established in Art. 543-21.1 PCM (2013) - as well as a modification in the event that refinancing could be carried out that enables the debtor party's viability.





## **JURISPRUDENCIA UTILIZADA**

### **I. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL**

#### **A) CONCEPTO DE CONTRATOS DE AGENCIA, DISTRIBUCIÓN Y FRANQUICIA:**

*Tribunal Supremo:*

-STS, 23 de febrero de **2021**, (RJ\2021\758)

-STS, 22 de junio de **2020**, (RJ\2020\1580)

-STS, 1 de octubre de **2019**, (RJ\2019\3799)

-STS, 30 de mayo de **2016**, (RJ\2016\2293)

-STS, 22 de abril de **2016** (RJ\ 2016\2410)

-STS, 29 de octubre de **2013**, (RJ\2013\7033)

-STS, 14 de junio de **2011**, (RJ\2011\4528)

-STS, 23 de junio de **2010** (RJ\2010\4903)

-STS, 22 de junio de **2010**, (RJ\2010\5408)

-STS, 18 de mayo de **2009**, (RJ\2009\3176)

-STS, 26 de junio de **2008**, (RJ\2008\3305)

-STS, 4 de diciembre de **2007**, (RJ\2007\8898)

-STS, 24 de mayo de **2007**, (RJ\2007\4009)

-STS, 16 de marzo de **2007**, (RJ\2007\1854)

-STS, 6 de noviembre de **2006**, (RJ\2006\9425)

-STS, 21 de octubre de **2005** (RJ\2005\8274)

-STS, 26 de abril de **2002**, (RJ\2002\5244)

-STS, 16 de noviembre de **2000**, (RJ\2000\9339)

-STS, 12 de junio de **1999**, (RJ\1999\4292)

-STS, 15 de mayo de **1985**, (RJ\1985\2393)

*Audiencias provinciales:*

-SAP de Vizcaya, de 30 de diciembre de **2020**, (AC\2021\450)

-SAP de Barcelona, de 17 de diciembre de **2020**, (AC\2021\107)

-SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 29 de julio de **2020**, (ARP\2020\1562)

-SAP de Barcelona, de 9 de noviembre de **2017** (RJ\2018\21612)

-SAP de Barcelona, de 17 de septiembre de **2015**, (JUR\2015\243829)

-SAP de Madrid, de 27 de mayo de **2015**, (JUR\2485)

-SAP de Barcelona, de 20 de mayo de **2015**, (JUR\2015\161250)

-SAP de Barcelona, de 13 de abril de **2015**, (JUR\2015\151358),

-SAP de Madrid, de 5 de febrero de **2015**, (JUR\2015\82626).

-SAP de Madrid, de 12 de septiembre de **2014**, (JUR\2014\2911784).

-SAP de Madrid, de 8 de julio de **2014**, (JUR\2014\245728).

-SAP de Barcelona, de 23 de febrero de **2012**, (AC\2012\703)

## **B) DESISTIMIENTO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN**

*Tribunal Supremo:*

- STS, 7 de abril de **2022**, (RJ\2022\129041)
- STS, 4 de junio de **2020**, (RJ\2020\1550)
- .STS, 19 de mayo de **2017** (RJ\2017\2228).
- STS, 19 de julio de **2016**, (RJ\2016\3210).
- STS, 30 de mayo de **2016**, (RJ\2016\2293)
- STS, 16 marzo **2016** (RJ\2016\858)
- STS, 25 de febrero de **2015**, (RJ\2015\823)
- STS, 8 de octubre de **2013**, (RJ\2013\8002)
- STS, 6 de noviembre de **2012**, (RJ\2012\10424)
- STS, 18 de julio de **2012** (RJ\2012\8363)
- STS, 22 de junio de **2011**, (RJ\2011\4772).
- STS, 14 de junio de **2011**, (RJ\2011\4528).
- STS, 25 de abril de **2011**, (RJ\2011\3710).
- STS, 25 de marzo de **2011**, (RJ\2011\3321)
- STS, 15 de marzo de **2011**, (RJ\2011\3321)
- STS, 22 de junio de **2010**, (RJ\2010\5408)
- STS, 30 de abril de **2010** (RJ\2010\4360)
- STS, 9 de julio de **2008**, (RJ\2008\4369)

- STS, 26 de marzo de **2008**, (RJ\2008\4128)
- STS, 15 de enero de **2008**, (RJ\2008\1393)
- STS, 22 de marzo de **2007**, (RJ\2007\2816)
- STS, 20 de marzo de **2007**, (RJ\2007\2622)
- STS, 23 de enero de **2007**, (RJ\2007\594)
- STS, 21 de noviembre de **2005**, (RJ\2005\7677)
- STS, 13 de abril de **2004**, (RJ\2004\2619)
- STS, 10 de febrero de **2004**, (RJ\2004\748)
- STS, 5 de febrero de **2004**, (RJ\2004\639)
- STS, 16 de diciembre de **2003** (RJ\2003\8665)
- STS, 22 de septiembre de **1999**, (RJ\1999\7265)
- STS, 16 de septiembre de **1988**, (RJ\1988\6691)
- STS, 22 de marzo de **1988**, (RJ\1988\2224)
- STS, 11 de febrero de **1984**, (RJ\1984\646).
- STS, 14 de febrero de **1973**, (RJ\1973\472)
- STS, 29 de mayo de **1972**, (RJ\1972\2591,

*Audiencias Provinciales:*

- SAP de Madrid, de 8 de mayo de **2018**, (AC\2018\1488)
- SAP de Madrid, de 9 de abril de **2018**, (AC\2018\739)
- SAP de Asturias, de 9 de marzo de **2018** (AC\2018\695)

- SAP de Madrid, de 10 de septiembre de **2016**, (JUR\2016\125377)
- SAP de Barcelona, de 16 de diciembre de **2015**, (JUR\2015\76529)
- SAP de Madrid, de 28 de septiembre de **2015**, (JUR\2015\300519)
- SAP de Barcelona, de 19 de noviembre de **2014**, (AC\2012\2260)
- SAP de Madrid, de 29 de julio de **2014**, (JUR\2014\281484)
- SAP de Madrid, de 24 de julio de **2014**, (JUR\2014\286862).
- SAP de Madrid, de 8 de julio de **2014**, (JUR\2014\245728)
- SAP de Barcelona, de 23 de abril de **2014**, (JUR\2015\33130)
- SAP de Madrid, de 25 de marzo de **2014**, (JUR\2014\105664)
- SAP de Barcelona, 28 de marzo de **2014**, (JUR\2014\236971)
- SAP de Barcelona, de 13 de enero de **2014**, (JUR\2014\52504)
- SAP de Barcelona, de 12 de diciembre de **2012**, (JUR\2013\149805)
- SAP, de Madrid, de 14 de junio de **2012**, (JUR\2012\261621).

### **C) RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS**

#### *Tribunal Supremo:*

- STS, 23 de febrero de **2021**, (RJ\2021\758)
- STS, 4 de junio de **2020**, (RJ\2020\1580)
- STS, 1 de octubre de **2019**, (RJ\2019\3799)
- STS, 3 de octubre de **2018**, (RJ\2018\4238)
- STS, 30 de mayo de **2016**, (RJ\2016\2293)

-STS, 25 de mayo de **2016** (RJ\2016\4301)

-STS, 18 de febrero de **2015**, (RJ\2015\577)

-STS, 5 de marzo de **2013**, (RJ\2013\2415)

-STS. 4 de marzo de **2013**, (RJ\2013\2413)

-STS, 8 de noviembre de **2012**, (RJ\2013\6)

-STS, 23 de octubre de **2012**, (RJ\2013\1542)

-STS, 22 de octubre de **2012**, (RJ\2013\1539)

-STS, 2 de octubre de **2012**, (RJ\2013\10121)

-STS, 30 de julio de **2012**, (RJ\2012\9006)

-STS, 18 de julio de **2012**, (RJ\2012\8363)

-STS, 1 de junio de **2012**, (RJ\2012\6699)

-STS, 18 de mayo de **2012**, (RJ\2012\6359)

-STS, 12 de marzo de **2012**, (RJ\2012\5003)

-STS, 14 junio de **2011** (RJ\2011\4531)

-STS, 10 de mayo de **2011**, (RJ\2011\3852).

-STS, 15 de marzo de **2011** (RJ\2011\3321).

-STS, 11 de marzo de **2011**, (RJ\2011\3320).

-STS, 22 de mayo de **2009**, (RJ\2009\3035).

-STS, 3 diciembre de **2008**, (RJ\2009\670).

-STS, 15 de octubre de **2008**, (RJ\2008\7126).

- STS, 9 de julio de **2008**, (RJ\2008\4369).
- STS, 26 de junio de **2008**, (RJ\2008\3305).
- STS, 20 de marzo de **2007**, (RJ\2007\2622).
- STS, 21 de noviembre de **2005** (RJ\2005\7677).
- STS, 10 de febrero de **2004**, (RJ\2004\703).
- STS, 26 de junio de **2003**, (RJ\2003\4308).
- STS, 17 de abril de **2001**, (RJ\2001\2394).
- STS, 8 de junio de **1998**, (RJ\1998\4284)
- STS, 17 de febrero de **1989**, (RJ\1989\972).
- STS, 28 de febrero de **1986**, (RJ\1986\862).

*Audiencias Provinciales:*

- SAP de Guipúzcoa, de 8 de junio de **2021**, (AC\2021\373)
- SAP de Barcelona, de 17 de diciembre de **2020**, (AC\2021\107)
- SAP de Gerona, de 22 de junio de **2020** (AC\2020\882)
- SAP de Valencia, de 8 de junio de **2020** (AC\2020\1330)
- SAP de Madrid, de 11 de mayo de **2020** (AC\2020\669)
- SAP de Badajoz, de 21 de abril de **2020** (AC\2020\501)
- SAP de Madrid, de 14 de febrero de **2020** (AC\2020\494)
- SAP de Badajoz, de 24 de octubre de **2018** (AC\2018\1769)
- SAP de Madrid, de 27 de octubre de **2017** (JUR/2017/297468)

- SAP de Barcelona, de 20 de octubre de **2016**, (JUR\2017\31824)
- SAP de Barcelona, de 23 de abril de **2014**, (JUR\2015\33130)
- SAP de Madrid, de 14 de junio de **2012**, (JUR\2012\261621)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, 14 de julio de **2010**, (AC\2010\1860)
- SAP de Valencia, 3 junio de **2010**, (JUR\2010\313224)
- SAP, de Barcelona, 14 de abril de **2010**, (AC\2010\1177)
- SAP, de Zaragoza, de 5 de abril de **2007**, (JUR\2007\302250)

*Juzgados de lo Mercantil:*

- Juzgado de lo Mercantil nº 1 Alicante, de 11 de marzo de 2013, (AC\2013\2181).

**D) DURACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO CAUSA DE EXTINCIÓN**

*Tribunal Supremo:*

- STS, Sala 1º, de 19 de mayo de **2017**, (RJ\2017\2228).
- STS, Sala 1ª, de 1 de marzo de **2017**, (RJ\2017\611).
- STS, Sala 1ª, de 30 de mayo de **2016**, (RJ\2016\2293).

*Audiencias Provinciales:*

- SAP de Zaragoza, 13 de junio de **2017** (JUR\2017\175252).
- SAP de Pontevedra, 21 de abril de **2017** (JUR\2017\137101),
- SAP de Barcelona, de 29 de enero de **2013**, (JUR\2013\252253).

## **E) ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE CIRCUNSTANCIAS**

### *Tribunal Supremo:*

- STS, 6 de marzo de **2020**, (RJ\2020\879).
- STS, 15 de octubre de **2014**, (RJ\2014\6129)
- STS, 30 de junio de **2014**, (RJ\2014\3526)
- STS, 15 de enero de **2008**, (RJ\2008\1393)
- STS, 27 de mayo de **2002**, (RJ\2002\4573)
- STS, 20 de febrero de **2001**, (RJ\2001\1490)
- STS, 17 de mayo de **1957**, (RJ\1957\2164).
- STS, 4 de junio de **1902**<sup>1187</sup>.

### *Audiencias Provinciales:*

- SAP de Las Palmas, de 10 de marzo de **2010**, (JUR\2011\12890).

## **F) INTUITU PERSONAE:**

### *Tribunal Supremo:*

- STS, 8 de noviembre de **2017** (RJ\2017\4760)
- STS, 11 de octubre de **2017** (RJ\2007\4290)
- STS, de 29 de abril de **2009**, (RJ\2009\2901)
- STS, de 22 de diciembre de **2006**, (RJ\2007\263)

---

<sup>1187</sup> (Boletín jurídico administrativo, Apéndice 1902, (Jurisprudencia civil), Madrid, 1902, pp. 804-805.

*Audiencias Provinciales:*

-SAP de Barcelona de 25 de marzo de **2015** (JUR\2015\188152).

-SAP de Madrid, de 8 de julio de **2014** (JUR\2014\245728).

-SAP de Barcelona, de 28 de marzo de **2014** (JUR\2014\236971)

-SAP de Madrid, de 9 de octubre de **2013** (AC\2013\2263).

-SAP de Barcelona, de 23 de abril de **2014** (JUR\2015\33130).

-SAP de Barcelona, de 29 de enero de **2013** (JUR\2013\252253),

-SAP de Madrid, de 17 de julio de **2009** (JUR\2009\362636).

**G) OTRAS RESOLUCIONES RELACIONADAS CON LAS CONSECUENCIAS  
DE LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN:**

*Tribunal Supremo:*

-STS. 4 de marzo de **2013**, (RJ\2013\2413).

-STS, de 23 de octubre de **2012**, (RJ\2012\1542)

-STS, de 10 de septiembre de **2012**, (RJ\2012\9011)

-STS, 18 de julio de **2012**, (RJ\2012\8363)

-STS, de 3 de marzo de **2011**, (RJ\2011\2622).

-STS, 15 de octubre de **2008**, (RJ\2008\6914).

-STS, de 26 de marzo de **2008**, (RJ\2008\4128).

-STS, de 24 de mayo de **2007**, (RJ\2007\4009).

-STS, 20 de marzo de **2007**, (RJ\2007\2622).

-STS, de 6 de noviembre de **2006**, (RJ\2006\9425).

- STS, de 10 de julio de **2006**, (RJ\2006\8323).
- STS, de 9 de febrero de **2006**, (RJ\2006\671).
- STS, de 10 de febrero de **2004**, (RJ\2004\748).
- STS, de 16 de diciembre de **2003**, (RJ\2003\8665).
- STS, de 28 de enero de **2002**, (RJ\2002\2305).
- STS, 16 de mayo de **2001**, (RJ\2001\6215).
- STS, 15 de febrero de **2001**, (RJ\2001\2583).
- STS, 31 de diciembre de **1997**, (RJ\1997\9488).
- STS, 14 de febrero de **1997**, (RJ\1997\1418).
- STS, 25 de enero de **1996**, (RJ\1996\319).
- STS, 18 de diciembre de **1995**, (RJ\1995\9149).
- STS, 5 de junio de **1995**, (RJ\1995\8637).
- STS, 27 de mayo de **1993**, (RJ\1993\3986).
- STS, 16 de febrero de **1990**, (RJ\1990\2754).
- STS, 16 de septiembre de **1988**, (RJ\1988\6691).

## **II. JURISPRUDENCIA BRITÁNICA:**

- *Yam Seng PTE Limited v International Trade Corporation Limited* [2013]
- *Osares v. Beaver Investments Ltd.* [2004]
- *Baird Textile Holdings Ltd v Marks & Spencer plc* [2001]
- *Union Eagle Ltd. V. Golden Achievement Ltd.* [1997]

- Staffordshire A.H.A. v. South Staffordshire Waterworks* [1978]
- Kirkless M.B.C. v. Yorks Woollen District Transport Co.* [1978]
- Esso Petroleum Ltd. v Harper's Garage (Stouport) Ltd.* [1968]
- Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. V. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* [1962]
- Ertel Bieber & Co. V Rio Tinto Co., Ltd* [1918].
- Chandler v. Webster* [1904].
- Krell v. Henry* [1903].

### **III. JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE:**

- United Airlines, Inc. V. Good Taste, Inc.* (1999) (*The Alaska Supreme Court*)
- Kham & Nate's Shoes N°2 v First Bank* 908 F 2d 1351 [1990]
- Dallan v. McDonald's Corp.* [1984].
- Bak-A-Lum Corp. of America v. Alcoa Building Products*, [1976]

### **IV. JURISPRUDENCIA FRANCESA:**

- *Cour de Cassation, Cass. Com, 12 févr. 2013,*
- *Cour de Cassation, Cass. Com, 21 juin 2011.*
- Cour de Cassation, Cass. Com., 3 juin 2008.*
- Cour de Cassation, Cass. Com., 16 mars 2004.*
- *Cour de Cassation, Cass. Com., 8 janvier 2002*
- Cour de Cassation, Cass.Com., 24 nov 1998.*
- Cour de Cassation, Cass. Com., 30 janv 1996*
- Cour de Cassation, Cass. Com., 25 oct 1994.*
- Cour de Cassation, Cass. Com., 3 nov 1992*

-*Cour de Cassation, Cass. Com., 9 juin 1992.*

#### **V. JURISPRUDENCIA ITALIANA:**

-*Associazione Concessionari Revocati (auto Renault) c. Renault Italia Spa (2018)*

- *Gioia c. Societa Italiana Gervais Danone (1991).*

- *App. Milano 30 ottobre 1959, Hurlimann c. Lombarda Alimentari.*

-*App. Genova, 14 luglio 1955, Franchetti c. Pastificio Ex Combattenti.*

#### **VI. JURISPRUDENCIA NEOZELANDESA:**

-*SkidsProgramme Management Ltd v McNeill [2013]*

-*NZLR 1 y Husaain V McDonald's Corp [2012].*

#### **VII. JURISPRUDENCIA DE SINGAPUR:**

-*Ng Giap Hon v Westcomb Securities Pte Ltd [2009]*

#### **VIII. JURISPRUDENCIA DEL TJUE/TJCE**

-Sentencia de 7 de septiembre de 2006, (TJUE\Sala 3ª), asunto C125/05.

-Sentencia de 28 de enero de 1986, (TJCE\1986\34) también conocida como el *asunto Pronuptia*.



## TEXTOS NORMATIVOS CONSULTADOS:

- Anteproyecto de Ley de los Contratos de Distribución (2006)
- Codice Civile italiano*, Codice Civile, Regio Decreto 16 marzo 1942 , n. 262 Approvazione del testo del Codice civile. (042U0262) (Gazzetta Ufficiale n.79 del 4-4-1942) (<https://www.gazzettaufficiale.it/anteprema/codici/codiceCivile>)
- Código Civil*, Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el *Código Civil* (CC).(<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>)
- Código de Comercio*: Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el *Código de Comercio* (C.Com). (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>)
- Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las personas con discapacidad*, de 13 de diciembre de 2006, NNUU (CNUDPD).
- Convención de Viena* (CV): Instrumento de Adhesión de España a la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980. (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1991-2552>)
- Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, *relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes*.
- Le Code civil français*, (Código civil francés, *CC francés*). (<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>)
- Legge n° 129 de 6 maggio 2004*, de *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*,(en adelante, *Legge n° 129/2004*).
- Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la *Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo*.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (LAPCD). ([https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9233](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9233))
- Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de *Arrendamientos Rústicos* (LAR). (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21616>)
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de *Competencia Desleal* (LCD). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628>
- Ley 7/1998, de 13 de abril, de *Condiciones Generales de la Contratación* (LCGC). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8789>

- Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre *Contrato de Agencia* (LCA).  
(<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-12347>)
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de *Defensa de la Competencia*  
(<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-12946>)
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de *Economía Sostenible* (LES) (Disposición adicional 16ª, en su intento de modificación de la LCA, suspendida a día de hoy)  
(<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-4117>)
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil* (LEC).  
(<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>)
- Ley 5/2015, de 2 de junio, de *Jurisdicción Voluntaria* (LJV).  
(<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-7391>)
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.  
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2001-23093>
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de *Ordenación del Comercio Minorista* (LOCM).  
(<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1072>)
- Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el *Marco Común de Referencia* (DCFR). [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-PR-2015-38](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PR-2015-38)
- Principles of European Contract Law*, (PECL), también conocidos como los *Principios Lando*, fueron publicados por los Profesores Ole Lando y Hugh Beale en el año 2000.
- Principios Unidroit*: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales*, web de Unidroit, Roma (2016), <http://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf> (PU)
- Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (PALCM, 2018)* [Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado \(marzo de 2018\)](#)
- Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*. Comisión General de Codificación, Sección primera, civil. Ministerio de Justicia, Madrid, 2009. <http://mjusticia.gob.es/es/areastematicas/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuesta> (PMCC)
- Propuesta de Código Civil* elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Tecnos, Madrid, 2018 [https://www.derechocivil.net/images/libros/obra\\_completa.pdf](https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf) (PCC elaborada por la APDC, 2016).

-*Proyecto de Ley de los Contratos de Distribución*, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A: núm. 121/000138, 29 de junio de 2011 (PLCD, 2011).

-Real Decreto 687/2002, de 12 de julio, por el que se aprueba el *Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas*. (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-13981>)

-Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley Concursal*. (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4859>)

-*Reglamento* (UE) nº 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del art. 101.3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a *determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas* (RAV).

-*Reglamento* (CE) nº 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a *determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor*. A día de hoy, modificado por el *Reglamento CE 461/2010, de 27 de mayo de 2010 (en vigor hasta el 31 de mayo de 2023)*. (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2010-80898>)

- *Reglamento de la Comisión 2790/99, de 22 de diciembre*, relativo a la aplicación del apdo. 3 del art. 81 del Tratado CE a *determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas* (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1999-82510>)

-*Reglamento* (CE) nº 1475/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a *determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles*. (<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/69feab36-128b-480c-bff9-af076bcbfda7/language-es/format-PDF/A1B>)

-*Reglamento* (CEE) nº 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*. (<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/f1228382-2fad-4ff0-9335-4d4cc2c31157/language-es>)

- *Statutory Instruments, 1993, No. 3053 The Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993 Made 7th December 1993 Laid before Parliament 8th December 1993 Coming into Force 1st January 1994* (consultado el 06.11.2014) en <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1993/3053/made>.

-*Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (Tratado de Lisboa): Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), Diario Oficial de la Unión Europea, 30 de marzo de 2010, C 83/47 (versión en español).

*-Unfair Contract Trade Act, Restrictive Trade Practices Act 1977, de 26 Oct.1977*  
(<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>)

*-(The) Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations, 1999*  
(<https://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/2083/contents/made>)

*-United Commercial Code (The United States of America).*

## BIBLIOGRAFÍA:

- ALCALÁ DIAZ, M.A., “El pacto de duración y extinción anticipada de los contratos de distribución”, en *Los Contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Editorial Bosch, Barcelona, 2015, pp. 193-244.
- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, Edisofer Libros Jurídicos, 14º Ed. Madrid, 2011.
- ALONSO SOTO, R., “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Dir.), *Los contratos de distribución*, LA LEY, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2010, pp. 59-73.
- ALONSO SOTO, R., “El contrato de distribución selectiva o de establecimiento autorizado” en “Los contratos de distribución comercial”, *Curso de Derecho Mercantil II*, Editorial Aranzadi, Navarra, junio 2006, pp. 177-236.
- ANTONMATEI P.H., y RAYNARD, J., *Droit civil. Contrats Spéciaux*, 7e éd., Lexis Nexis, Paris, 2013.
- ANDERSON, R.A., *ANDERSON ON THE UNIFORM COMMERCIAL CODE* §§2-309:8, 2nd ed., 1970,
- ARCELIN-LÉCUYER, L., *Fiches de Droit de la distribution*, Ellipses Éditions, Paris, 2012.
- ATAZ LÓPEZ, J. y SALELLES CLIMENT, J.R. “La libertad contractual y sus límites”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.), *Tratado de contratos*, T. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 141-331.
- ÁVILA DE LA TORRE, A., “Efectos del concurso sobre los contratos de distribución”, en CARBAJO CASCÓN, F., *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, Ed. Tirant lo Blanch y EU Salamanca, Valencia, 2015, pp. 547-552.
- ÁVILA DE LA TORRE, A., “Situaciones de insolvencia en la distribución comercial” (Coord.) en HERRERO GARCÍA, M.J., GARCÍA VICENTE, J.R., y VAQUERO PINTO, M.J., (Coords.), *LA contratación en el sector de la distribución comercial*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2010, pp.351-368.
- BALDI, R., *Il contratto di agenzia*, quarta ed. Giuffrè Editore, Milano, 1987.
- BARCELÓ COMPTE, R. y RUBIO GIMENO, G., “Conservació del contracte en casos d’asimetria econòmica: l’avantatge injust, la rescissió per lesió i l’alteració sobrevinguda de les circumstàncies”, (Beques a la investigació), *Àmbit Administració de justícia, Centre d’estudis Jurídics i Formació Especialitzada*, Barcelona, novembre 2015.
- BEALE, H., HARRIS, D., and SHARPE, Th., “The Distribution of Cars”, en HARRIS D. and TALLON, D. (Ed.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Clarendon Paperbacks, OUP, Oxford, 1991.

- BEALE, H., en *Chitty on Contracts*, 29th Ed., Vol.1, Sweet & Maxwell, London, 2004.
- BEALE, H., Chapter 23 “Frustration of contracts” *Chitty of Contracts*, 31<sup>st</sup> ed., Sweet & Maxwell, London, 2012.
- BEAUCHARD, J., « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », *Mélanges en l’honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, Paris, 2008, pp.37-53.
- BEHAR-TOUCHAIS, M., “Le mythe de Sisyphe: revu et corrigé par le déséquilibre significatif”, *Revue des contrats n° 1*, 31 mars 2015, lextenso, Paris, pp. 67-70.
- BEHN, D., “The confusing legal development of impossibility and changed circumstances: toward a better understanding of commercial adaptation at Common Law” *CAR (CEPMLP Annual Review)*, Volume 13, 2008-2009.
- BELL, J., “The effect of changes of circumstances of Long-term contracts”, en HARRIS and TALLON, (Dir.) *Contract Law Today (Anglo-French comparisons)*, Clarendon, London, 1989, pp. 195-220.
- BIRDS, BRADGATE AND VILLIERS, *Termination of contracts*, Institute for Commercial Law Studies, University of Sheffield, Contract Law Series (United Kingdom), 1995
- BIRKS, P., *English Private Law*, vol. II, OUP, Oxford, 2000.
- BOISMAIN, C., *Les contrats relationnels*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d’Aix-en-Marseille, PUAM, 2005.
- BONITO OLIVA, A., Contracts for an indefinite period..., “Chapter 6, Contents and effects”, en ANTONIOLLI, L., and VENEZIANO, A. (Edited), *Principles of European Contract Law and Italian Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, pp. 301-304.
- BORTOLOTTI, F. (junto a MÜLLER-GRAFF, P.C., FERRIER, D., en Alemania y Francia), en “Los contratos de distribución en Europa: el caso de Italia” en VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A. Y RUÍZ PERIS, J.I., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Editorial LA LEY, Madrid, 2012. pp. 113-134.
- BORTOLOTTI, F., *Il contratto di franchising. La nuova legge sull’affiliazione commerciale, le norme antitrust europee*, CEDAM, Padova, 2004.
- BORTOLOTTI, F., *Manuale di Diritto commerciale internazionale*, Vol. III, *La distribuzione internazionale contratti con agenti, distributori ed altri intermediari*, CEDAM, Padova, 2002.
- BRADGATE, R., “Termination for Breach” en BIRDS, J., *Termination of contracts*, OUP, Oxford, 1995.
- BRICKLEY, J.A, DARK, H. DARK and WEISBACH, M.S., “The Economic effects of Franchise termination Laws”, *Journal of Law & Economics*, University of Chicago, Vol. XXXIV, April 1991.

- BROWNSWORD R., “Bad faith, Good reasons and Termination of contracts”, en *Termination of contracts*, ED. BIRDS, BRADGATE AND VILLIERS, Institute for Commercial Law Studies, University of Sheffield, Contract Law Series, (Reino Unido), 1995, pp. 225 y ss.
- CALAVIA MOLINERO, J.M., “El contrato de distribución exclusiva”, en VÁZQUEZ ALBERT, D., (Dir.), *Los contratos de distribución comercial, Novedades legislativas jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 69-83.
- CAMPBELL, D., “England and Wales”, *International Agency and Distribution Law*, General Editor, 2<sup>nd</sup> Ed, Juris, NY, USA, 2012.
- CARBAJO CASCÓN, F., “El contrato de distribución selectiva”, en RUIZ PERIS, J.I. y MARTI MIRAVALLS, J., *Contratos de distribución*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, pp. 69-108.
- CARBAJO CASCÓN, F., “Mercado, sistemas y contratos de distribución comercial”, en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho Contractual Europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 35-49.
- CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.) “Suministro de productos objeto del contrato: cláusulas de exclusiva y suministros cruzados; obligación de suministro adecuado por el proveedor e información sobre reducción de la capacidad de suministro”, *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca y Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 359-381.
- CARBAJO CASCÓN, F., *Los contratos de distribución selectiva- Aspectos contractuales, concurrenciales y marcarios*, Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2013.
- CARBAJO CASCÓN, F., “El contrato de distribución selectiva”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., y CALZADA CONDE, M.A., (Dir.), *Contratos Mercantiles*, 4<sup>a</sup> ed., Thomson-Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 816 y ss.
- CARNEGIE, A.R., “Terminability of contracts of unspecified duration”, *The Law Quarterly Review*, vol. 85, July 1969, pp. 392-414.
- CARRASCO PERERA, À., “Permítame que le cuente la verdad sobre la Covid-19 y Fuerza Mayor”, *Publicaciones Jurídicas, Centro de Estudios de Consumo*, abril 2020, pp.1-11.
- CARRASCO PERERA, Á., “Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad”, *Publicaciones Jurídicas: Centro de Estudios de Consumo*, Universidad Castilla-La Mancha, 2018, pp.1-5.
- CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2010.
- CARTER, J.W., *Carter’s Breach of contract*, Hart Publishing, 1<sup>st</sup> Ed., Oxford, 2012.

- CARTER, J.W., “Commercial Construction and Contract Doctrine”, *J. of Contract Law*, Vol. 25, 2009, pp. 83-94.
- CASTRO, A.M. y ZAPATA, A.C., “Las cláusulas de hardship en los contratos internacionales”, *Revista Mercatoria*, Volumen 4, Número 2 (2005), pp. 1-26.
- CASTRO (DE) Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, 1982, pp. 987-1086.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M.C., “Capítulo IX. Control de las condiciones generales de contratación en los contratos celebrados entre empresarios: retrospectiva, perspectiva comparada y prospectiva de futuro”, en VIERA GONZÁLEZ, A. J. (Dir.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Editorial La Ley, Madrid, 2013, pp. 253-315.
- CHAMIE, J.F., “Frustration of contract e impossibility of performance en el Common Law estadounidense”, *Revista de Derecho Privado- Universidad Externado de Colombia*, nº 16, 2009, Bogotá, pp. 1-26.
- CHETWIN, M., “Relational and Discrete Contracts and Remedies Requiring Supervision: Same Principles?” *U.W. Australia Law Review*, Vol. 38, 2013-2014, pp. 80-99.
- CHRISTOU, R., *International Agency, Distribution and Licensing Agreements*, 6th ed., Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, London, 2011.
- CICALA, A., FIORELLI, G.F., PERCIVALLE, U. and RAIMONDO A., “Italy”, *International Agency Distribution Handbook*, Baker & McKenzie, EMEA, 2015, pp.263-300.
- CLEMENTE MEORO, M.E., *La Resolución de los contratos por incumplimiento presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Editorial BOSCH, Barcelona, 2009.
- CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- CLEMENTE MEORO, M.E., *La resolución de los contratos por incumplimiento (Estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del Derecho inglés y español)*, Tirant monografías, Valencia, 1992.
- CORDERO LOBATO, E., “La jurisprudencia relativa al contrato de distribución: exclusividad, inhibición de la competencia, desistimiento y otras cuestiones”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm 13/2008, (Estudio), Navarra, 2008, pp.2397-2431.
- CORVO LÓPEZ, F.M, “Principios y deberes básicos para la ejecución de los contratos: buena fe, lealtad, cooperación, información y confidencialidad”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp.233-255.
- CRAHAY, P., *Les contrats internationaux d’agence et de concession de vente*, Droit des Affaires (Collection), LGDJ, 1991.
- CRAWFORD SPENCER, E., “The applicability of Unfair Contract Terms Legislation to Franchise Contracts”, *U.W. Australian Law Review*, Vol. 37, 2013-2014.

-CRAWFORD SPENCER, E., *The Regulation of Franchising in the New Global Economy*, Ed. Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, (UK), 2010.

-CURTO POLO, M., “Pactos de exclusiva: territorial o grupo de clientes. Excepciones a la exclusiva. Ventas directas del proveedor”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca y Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 295-310.

-DIAS, C., *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Tome I et II, PUAM, Marseille, 2014.

-DIEGUEZ OLIVA, R., “El Derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, *Indret*, 2/2009, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, mayo 2009, pp.1-22.

-DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial tomo II, Las relaciones obligatorias*, 6ª ed. Thompson Civitas, Madrid, 2008.

-DIEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E. y MORALES, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

-DIEZ SOTO, C.M., y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del Covid-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 180-237.

-DISSAUX, N., “L’information précontractuel du franchisé: un joyeux anniversaire?”, *La Semaine Juridique*, nº 5, 2010, pp. 236-242.

-DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., “Compra y venta exclusiva. Marca única (especialidades)”, en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho Contractual Europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 113-134.

-DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., “Aproximación al regimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, *RDM*, nº 177, 1985, pp. 419-488.

-DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M. y GARCÍA MARTÍN, I., “Obligaciones sobre publicidad comercial”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 395-410.

-ECHEBARRIA SAENZ, M., *El contrato de franquicia: definición y conflictos en las relaciones internas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

-EMERSON, R.W. and PARNELL, J.R., “Franchise Hostages: Fast Food, God and Politics”, *Journal of Law & Politics*, Vol. 29, 2013-2014, pp. 353-396.

-EMERSON, R.W.: “Franchise terminations: Legal rights and practical effects when franchises claim the franchisor discriminates”, *American Business Law Journal*, summer 1998, pp. 559-645.

- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Tratamiento concursal de los contratos de distribución”, en ALCALÁ DÍAZ, M.Á., *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 347-374.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Duración de los contratos de distribución comercial”, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J., VIERA GONZÁLEZ, A. J., (Dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, 2010, pp. 537-583.
- ESTEBAN RAMOS, L.M., “Tres visiones sobre la extinción de los contratos de distribución en los textos proyectados” en VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A. Y RUÍZ PERIS, J.I., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Editorial LA LEY, Madrid, 2012, pp. 445-498.
- FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations*, Presses Universitaires de France, Paris, 2012.
- FARNSWORTH, A., “Good faith in contract performance”, en BEATSON J, and FRIEDMANN, D., (Eds.), *Good faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp.153-171.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., “*Rebus sic stantibus* y crisis económica. Orden público económico versus especulación”, *AFD*, 2017 (XXXIII), ISSN: 0518-08722017, pp. 63-98.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “*Lex Mercatoria* y Autonomía conflictual en la contratación transnacional”, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, Tomo IV, 2004, pp. 35-78.
- FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMINGUEZ, L., *El incumplimiento del contrato de suministro*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991.
- FERRIER, D. et FERRIER, N., *Droit de la distribution*, Lexis Nexis, 7è ed., Paris, 2014.
- FONTCUBERTA LLANES, J., *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- FREILICH, A. and WEBB, E., “Small Business- Forgotten and in need of protection from unfairness?” 37, *U.W. Australia Law Review*, 2013-2014.
- GABRIELLI, G., “Recesso e risoluzione per inadempimento”, *Riv trimestrale dir. Proc. Civile*, II, 1974, pp. 725-751.
- GALÁN CORONA, E., “Los contratos de distribución. Ideas generales” en HERRERO GARCÍA, M.J. (Dir), *La contratación en el Sector de la Distribución comercial*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp.21-39.
- GÁLVEZ CRIADO, Á., “El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la propuesta de modernización del Código Civil”, en *Derecho Privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (Dir. ALBIEZ DOHRMANN, K.J.), Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2011, pp-509-543.

- GANDHI, H. V., *Franchising in the United States, Law and Business Review of the Americas*, Vol. 20, March 2014.
- GANUZA, J. J. y GÓMEZ POMAR, F., “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, *InDret*, 2/20, *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2020, pp. 558-584.
- GARCIA CANTERO, G., “Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad”, en SALAS MURILLO, S. (Coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 41-56.
- GARCÍA CARACUEL, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014.
- GARCÍA HERRERA, A., *El impacto del tiempo en los contratos de franquicia y distribución exclusiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCÍA HERRERA, A., *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GARCÍA PÉREZ, R.M., “Art. 1124 CC”, en PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada, Código Civil*, tomo II, Arts. 609-1314 CC, Ed. Comares, Granada, 2009, pp. 1968-2012.
- GARCÍA RUBIO, M.P., “Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VII, núm. 2 especial (mayo 2020), pp. 15-46.
- GARCÍA VICENTE, J.R., “Deberes precontractuales de información. Impugnación del contrato por defectos de información”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca-Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 181-189.
- GARCÍA VICENTE, J.R., “Art. 1255 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo VI, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9012-9021.
- GELLHORN, E., “Limitations on Contract Termination Rights: Franchise Cancellations”, *Duke Law Journal*, Vol. 1967, n. 3, Jun, 1967, pp. 465-521.
- GHERSI, C. A., *Contratos civiles y comerciales, Parte general y especial* (figuras contractuales modernas), Tomo 2, 2ª ed. Actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- GIMÉNEZ GARCÍA, I., “El contrato de franquicia. Cuestiones Generales”, en FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Contratos de agencia, distribución y franquicia*, Cuadernos de Derecho Judicial nº21, Madrid, 2006, pp. 229-266.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Fuerza Mayor”, *InDret 2/2020, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2020, pp.1-11.

- GÓMEZ POMAR F., y ALTI SÁNCHEZ.AGUILERA, J., “Cláusula rebus sic stantibus: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español”, *InDret* 1/2021, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2021, pp. 502-577.
- GÓMEZ POMAR, F. y VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Estudio doctrinal y Memoria explicativa del Capítulo IV relativo a la extinción de los contratos de distribución), en el Título X “De los contratos de distribución” del Libro V del Código Civil, “De Obligaciones y contratos”, Editorial Tecnos, Madrid, 2018, pp. 792-807.
- GÓMEZ POMAR, F. y VIERA GONZÁLEZ, A.J., “Título X “De los contratos de distribución”, en APDC (Coord.) *Propuesta de Código Civil: Libros Quinto y Sexto*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 254-268.
- GÓMEZ POMAR, F., “Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (DIRS.) VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Dir.) *Los contratos de distribución*, Editorial La LEY, 1ª Ed., Madrid, 2010, pp. 243-298.
- GÓMEZ POMAR, F., “Compensation after Termination of Long-term Distribution contracts: An Economic Perspective of EU Law”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, UPF, Barcelona, octubre 2006.
- GÓMEZ POMAR, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Monografías, Civitas, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ CASTILLA, F., “La aplicación del principio de relatividad a las redes de distribución”, en *Hacia un derecho para las redes empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp.97-133.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración extraordinaria de circunstancias”, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (Coord.) *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Aranzadi- Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 141-214.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Art. 1124”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo VI, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8213-8261.
- GONZÁLEZ-ORUS CHARRO, M., “Declaración de concurso y contratos: resolución en interés del concurso y resolución por incumplimiento”, *Ars Iuris Salmanticensis ESTUDIOS* Vol. 5, 109-128, Junio 2017 eISSN: 2340-5155, pp.109-128.
- GONZÁLEZ-ORUS CHARRO, M., “Resolución por incumplimiento en los contratos de distribución”, en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 533-545.
- GOODE, R., “The concept of Good faith in English Law”, *Conferenze e Seminari, Centro di studie e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma3, 1992.

- GRAS SAGRERA, J., “Los contratos de distribución y la resolución de conflictos: jurisdicción y arbitraje”, en VÁZQUEZ ALBERT, D., (Dir.), *Los contratos de distribución comercial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 245-260.
- GUTERMANN, A., “Belgium”, *International Agency & Distribution Handbook*, EMEA, Baker& McKenzie, 2015, pp. 53-75.
- HADFIELD, G.K., “Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts”, *Stanford Law Review* n° 42, 1990, pp. 927 y ss.
- HESS, D., “The Iowa Franchise Act: Towards Protecting Reasonable Expectations of Franchises and Franchisor”, *80 Iowa Law Review*, 1994-95, pp. 333-372.
- INFANTE RUIZ, F.J., *Contrato y término esencial*, Editorial LA LEY, Madrid, 2008.
- KAHN, Ph., “Force majeure et contrats internationaux de longue durée”, en *Essays in tribute to Wolfgang Friedmann*, 1979, pp. 181-201.
- KLASS, G., *Contract Law in the United States*, Wolters Kluwer, Law & Business, 2<sup>nd</sup> Ed., The Netherlands, 2012.
- KLEIN, B., “Transaction Cost Determinants of Unfair Contractual Arrangements”, Vol. 70 n° 2, *American Economic Association*, 1970.
- KLEIN M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997.
- KNAPP, C. L., CRYSTAL, N.M., and PRINCE, H.G., “Supplementing the Agreement: Implied terms, the obligation of Good Faith, and Warranties”, en *Problems in Contract Law, Cases and Materials*, Wolters Kluwer, 9<sup>th</sup> Ed., New York, 2019, pp. 481-570.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, Derecho de obligaciones II*, Volumen I, Dykinson, Madrid, 2002.
- LAMBERT, T., “Le contrat de bière: l’exclusivité en voie de disparition forcée ou de l’évolution contrainte d’un mode de distribution”, *JCP* 2007, (n° 41, 11 oct 2007, 2233), pp. 16-22.
- LANDO O. & BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, The Hague, 2000.
- LARA GONZÁLEZ, R., “Códigos de buenas prácticas y resolución extrajudicial de conflictos en el sector de la distribución comercial”, en *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 655-663.
- LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Monografías Civitas, 1<sup>a</sup> Ed., Madrid, 1998.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte General y Derecho de la Persona, Principios de Derecho Civil I*, 26<sup>a</sup> Ed. Marcial Pons, Madrid, 2021.

- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*, 24ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 2019.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Contratos, Principios de Derecho Civil II*, Marcial Pons, 19ª Ed., Madrid, 2017.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de obligaciones, Principios de Derecho Civil II*, Marcial Pons, 20ª Ed., Madrid, 2016.
- LASCORZ COLLADA, M.C., “Análisis jurisprudencial sobre la extinción de los contratos de distribución”, *Aranzadi civil-mercantil, Revista doctrinal*, ISSN 2174-1840, Vol. 1, Nº. 11 (marzo), 2014, pp. 63-99.
- LASCORZ COLLADA, M.C., “Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 285, 2012, pp. 95-136.
- LAZAR, A.G., “Inseguridad Jurídica generada por la aplicación analógica de la compensación por clientela en los contratos de distribución”, *Revista Aranzadi Unión Europea nº4/2013*, Navarra, 2013, pp. 57-71.
- LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “El desistimiento unilateral en los contratos de distribución: análisis de la jurisprudencia al respecto”, *La Ley*, 1989, pp. 1206-1213.
- LE GAC-PECH, S., “L’etablissement des relations de distribution: entre classicisme et modernité”, *Contrats, Concurrence et Consommation*, nº 11, nov. 2009, étude 12.
- LE TOURNEAU, Ph., *Les contrats de concession*, Litec, Lexisnexis, Paris, 2010.
- LICARI, F.X., *La protection du distributeur intégré en droit française et allemand*, Litec, 2002.
- LLORENTE SANSEGUNDO, I., “La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores”, *Cuadernos de Derecho Transaccional*, 2013, Vol. 5, núm. 2, pp. 371-398.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, I., “Pactos de desistimiento y resolución en contratos de distribución”, en HERRERO GARCÍA, M. J., (Dir.), *Contratos de distribución comercial-Garantías personales*, Ratio legis, Salamanca, 2010, pp. 123-135.
- LÓPEZ EJARQUE, S., “Resolución de contratos de distribución. Estudio jurisprudencial”, *IURIS: Actualidad y práctica de Derecho*, nº 99, noviembre 2005, pp.28-31.
- MacNEIL, I.R., “Relational Contract: What we Do and Do Not Know”, *Wisconsin Law Review* Vol. 482, 1985.
- MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la distribution*, Dalloz, 3º éd. Paris, 2015.
- MANCINI, G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1962.

-MARCO ALCALÁ, L.A., “Resolución del contrato por el deterioro de la imagen de marca”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 499-516.

-MARÍN CASTÁN, F., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los contratos de distribución”, en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.), *Los contratos de Distribución Comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15-32.

-MARSH, P., *Comparative Contract Law: England, France and Germany*, Gower Publishing, Hampshire, (England), 1994.

-MARTÍ MIRAVALLS, J., “Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 285, Julio-Septiembre, 2012, pp. 95-136.

- MARTÍ MIRAVALLS, J., “Redes de distribución: régimen jurídico de las inversiones” en RUIZ PERIS, J.I., (Dir.), *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp.191-227.

-MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, Cizur Menor (Navarra), 2009.

-MARTÍN ARESTI, P., “Políticas de marca y actividad publicitaria del Distribuidor”, en CARBAJO CASCÓN, F., (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, EU Salamanca, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 411-421.

-MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. y MARTÍNEZ ALCUBILLA, A., *Boletín jurídico-administrativo*, Apéndice de 1902, (Jurisprudencia civil), Madrid, 1902.

-MARTÍNEZ DE MORETÍN, M.L., “Sobre la construcción del principio pacta sunt servanda rebus sic stantibus, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 61, Presses Universitaires de Liège, 2014, pp. 329-362.

-MARTÍNEZ SANZ, F., “Tres visiones sobre la extinción del contrato de distribución en los textos proyectados”, en *La reforma de los contratos de distribución comercial*, LA LEY, Madrid, 2013, pp. 445-498.

-MARTÍNEZ SANZ, F., “Principios de Derecho europeo de contratos –Comisión Lando–”, en CÁMARA LAPUENTE, S., (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, pp. 193-198.

-MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., “Hacia una aplicación normalizada de la cláusula rebus sic stantibus” en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo “, Comentario a la STS de 30 de junio de 2014, (RJ 2014, 3526)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 35, Editorial Aranzadi, septiembre-diciembre de 2014, pp. 289-314.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre las personas con discapacidad”, en DE

SALAS MURILLO, S., (Coord.) *Los mecanismos de guardia legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 16-17.

-MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Modificación del contrato” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (Coord.), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.Á., *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de obligaciones*, 3ª Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 461-474.

- MASSAGUER, J., “El incumplimiento de los códigos de conducta como acto de competencia desleal” en VIERA GONZÁLEZ, ECHEBARRÍA SÁENZ, RUIZ PERIS (Dir.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, 2013, pp. 559-594.

-MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil de franquicia*, Ed. Comares, 2ª ed. Granada, 2007.

-McKENDRICK, E., “The regulation of Long-term Contracts in English Law” en BEATSON, J. and FRIEDMANN, D. (Ed.) *Good Faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Press, London, 1995, (Chapter, 12) pp. 305 y ss.

-MENDOZA-CAMINADE, A., *Droit de la distribution*, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2011.

-MERCADAL VIDAL, F., “El contrato de agencia”, en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial, Novedades legislativas jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 47-67.

-MÜLLER, Ch., “Les contrats de Distribution”, en CARRON, B. Y MÜLLER, Ch. *Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis*, Neuchâtel/Bâle, 2013, pp. 59-93.

-NAVARRO LÉRIDA, M.S., “La vulneración de los pactos del contrato de distribución como acto de competencia desleal”, en ALCALÁ DÍAZ, M.A (Dir.), *Los Contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Wolters Kluwer, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 281-304.

-NAVARRO MÁÑEZ, M., y OCHOA ARRIBAS, C., “La aplicación de la franquicia al regimen propuesto para el contrato de distribución: una valoración crítica”, en VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRIA SAENZ, M., RUIZ PERIS, J.I., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, LA LEY, Madrid, 2013, pp. 91-109.

-MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Aranzadi, 2007.

-MUNDAY, R., *Agency, Law and Principle*, 3th ed., Oxford, OUP, 2016.

-NICOLAU, N.L., “El principio de razonabilidad en el Derecho Privado”, *Revista de Derecho Privado (RPD)*, enero-febrero, 2010, pp. 3-25.

-O’HONNOLD, J., *Derecho Uniforme sobre compraventas internacionales*, Editorial Revistas de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987.

-O’SULLIVAN, J. and HILLIARD, J., *The Law of contract*, 6<sup>th</sup> Ed., OUP, Oxford, 2014.

- PABLO (DE) CONTRERAS, P., “Capítulo 5: Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (Coord.), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.A. *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, 3ª Ed., Madrid, 2011, pp. 181-224.
- PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., “Avances en la aplicación de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelos para los contratantes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2014), Vol. 6 nº 1, pp. 253-268.
- PALAU RAMÍREZ, F., “El contrato de agencia”, en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., (Dir.), *Los contratos de distribución*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, p. 13-68.
- PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, Thompson Reuters, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- PALAZÓN GARRIDO, M.L., “Cláusulas de vigencia, terminación y desistimiento en contratos de tracto sucesivo”, en SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, pp. 458-473.
- PALAZÓN GARRIDO, M.L., “La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento”, en SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Civitas, Pamplona, 2016, pp. 867-924.
- PALMER, D. D., “Franchises: Statutory and common law causes of action in Missouri revisited”, *UMKC Law Review* Vol. 62, nº 3, pp-471-519.
- PARDOLESI, R., *I contratti de distribuzione*, Editore Jovane Napole, 1979.
- PARRA LUCÁN, M.Á., “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre 2015, pp. 1-54.
- PASQUAU LIAÑO, M., “Art. 1258 CC”, en PASQUAU LIAÑO, M. (Dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, Tomo II (Arts. 609-1314 CC), Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 2282-2302.
- PAZ ARES, C., “La terminación de los contratos de distribución”, *Revista Derecho Mercantil*, enero-marzo, 1997, pp. 7-58.
- PEÑA ROMERO, K., *El Pacto de Exclusiva*, Thompson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- PHANG, A., “The Challenge of Principled Gap-Filling: A Study of Implied Terms in a Comparative Context”, *Journal of Business Law*, Sweet &Maxwell, London, Issue 4, 2014, pp. 263-309.
- PICOD, Y., “Tenu d'une obligation de loyauté, le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandate”, *JCP G*, nº 48, 1er Décembre 1999.

- PLAZA PENADÉS, J., “El change of circumstances” o cambio de circunstancias, una visión de Derecho comparado”, en SÁNCHEZ GARCÍA, J., y PÉREZ DAUDÍ, V., (Dir.), *Cláusula rebus sic stantibus*, VLex, Barcelona, 2021, pp. 7-46.
- PRIESTLEY, L.J., ‘A guide to a Comparison of Australian and United States Contract Law’, *12 University of South Wales Law Journal (en adelante, UNSWLJ) 4*, Australia, 1989, pp. 4-29.
- PUYALTO FRANCO, M.J., “Libro IV. Parte E. Agencia comercial, Franquicia y Distribución. Capítulo 2. Normas que se aplican a todos los contratos a los que se aplica esta parte”, en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (Coords.), *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, pp. 1479-1521.
- QUICIOS MOLINA, S., en “La ineficacia contractual”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.), *Tratado de Contratos, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1213-1400.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Tres visiones sobre la extinción de los contratos de distribución en los textos proyectados”, en VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEVARRÍA SÁENZ J.A., y RUIZ PERIS, J.I. (Dir.), *La reforma de los contratos de distribución*, Editorial LA LEY, Madrid, 2013, pp. 445-498.
- RABU, G., *L'essentiel du Droit de la distribution (À jour de la loi du 17 mars 2014, dite loi Hamon)*, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux cedex, 2014.
- RAKOFF, T. D., “The implied terms of Contracts: Of ‘Default Rules’ and ‘Situation-Sense’”, en BEATSON, J. AND FRIEDMANN, D. (Eds.), *Good faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 191-218.
- RAMOS IBOS, T.M., “El marco legislativo comunitario de los contratos de colaboración comercial: agencia, distribución y franquicia”, en FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Contrato de Agencia, Distribución y franquicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 15-52.
- ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado, Obligaciones y Contratos I*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Aspectos generales del contrato de distribución y de distribución en exclusiva”, en FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Contratos de agencia, distribución y franquicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial nº 21, Madrid, 2006, pp. 123-160.
- RODRIGUEZ-CASADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991.
- RONCERO SÁNCHEZ, A., “Caracterización y tipología de los contratos de distribución”, en ALCALÁ DÍAZ, M.Á., *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 49-96.

- ROSE, A., LEIBOWITZ, D., y MAGNUS, A., *Getting out of a contract*, Gower Publishing Company, Hampshire (England), 2001.
- RUIZ FUENSANTA, M.J., “Importancia económica de la distribución en la economía española, en ALCALÁ DÍAZ, M.A., (Dir), *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2015, pp. 15-47.
- RUIZ PERIS, J.I., “El contrato de franquicia”, en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., (Dir.), *Los contratos de distribución*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, pp. 197-230.
- RUIZ PERIS, J.I., “Un derecho específico para las redes empresariales”, en RUIZ PERIS, J.I., (Dir.) *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 73-125.
- RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, en RUIZ PERIS, J.I., *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Editorial lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 9-20.
- SALVADOR CODERCH, P., “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2009, pp.1-60.
- SANCHEZ LORENZO, S.A., *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.A., (Coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Ed. Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2012.
- SANCHEZ LORENZO, S.A., “La frustración del contrato”, *Derecho contractual Comparado, Una perspectiva europea y trasnacional*, Thompson Reuters, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 665-722.
- SAVAUX, E., “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *ADC*, tomo LXIX, 2016, fasc. III, pp. 715-741.
- SERRA RODRÍGUEZ, A., “La resolución unilateral de los contratos de distribución en el *Draft Frame of Reference*”, en RUIZ PERIS, J.I. (DIR.), *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 228-248.
- SEVERIN, G.F., “Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio resolutorio del cumplimiento específico en el *Common Law*”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, nº 1, 2016, pp. 7-37.
- SIURANETA I PÉREZ, D., *Contratos mercantiles más frecuentes en la empresa*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2006.
- SLAWSON, W.D., *Binding promises*, Princeton University Press, 1996.
- SORO RUSSELL, O., *El contrato normativo: análisis de una categoría*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid- Université Montesquieu Bordeaux IV, Madrid-Bordeaux, 2013.

-SOSPEDRA NAVAS, F.J., “Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad”, *Aranzadi digital*, núm. 1/2021, Ed. Aranzadi, pp. 1-20.

-TAPIA SÁNCHEZ, M.R., “La extinción de los contratos de distribución y agencia como presupuesto de la indemnización por clientela”, en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (DIRS.) VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A.J., (Dirs.) *Los contratos de distribución*, Editorial La LEY, 1ª Ed., Madrid, 2010, pp. 601-650.

-TERRÉ, F., SIMLER Ph., y LEQUETTE, Y. (Authors), *Les obligations*, Dalloz, 2002.

-TREITEL, G.H., *The Law of Contract*, Stevens, 6th Ed., London, 1983.

-TRUONG, C.Q.C (Cam Quyen Corinne), *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, (Collection Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Litec, 2002, pp.1-433.

-UJVÁRI, E., “Uniform Technology and Modalities for rights of withdrawal”, en AGANI, G., y EBERS, M., *Uniform Terminology for European Contract Law*, Ed. Nomos, Múnich, 2005, pp. 263-292.

-VAQUERO PINTO, M.J., “Duración del contrato. Extinción del contrato por tiempo determinado y por tiempo indefinido: el preaviso”, en CARBAJO GASCÓN, F. (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 515-531.

VAQUERO PINTO, M.J., “La terminación de los contratos de distribución”; en HERRERO GARCIA M.J., (Dir.), *La contratación en el sector de la Distribución Comercial*, Ed. Aranzadi, Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 313-350.

-VÁZQUEZ ALBERT, D., “Los contratos de distribución exclusiva”, en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., *Los contratos de distribución*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, pp. 109-158.

-VÁZQUEZ ALBERT, D., “Marco normativo de la distribución comercial en Derecho español y propuestas de regulación”, *Revista de Derecho*, nº 22, 2017, pp. 3-18.

-VÁZQUEZ ALBERT, D., “La terminación de los contratos de distribución”, en VÁZQUEZ ALBERT (Dir.), *Los contratos de distribución comercial: causas y efectos patrimoniales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 153-198.

-VILLÓ TRAVÉ, C., “La excesiva onerosidad del contrato por el cambio excepcional de las circunstancias”, El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos, en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDVEVILA, E. y SÁNCHEZ GONZALÉZ, M.P. (Ed.), *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, Ed. Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2015, pp. 355-370.

-VOGEL, L & J, *French Distribution Law*, Editions juridiques Bruylant, février 2015.

-WHITTAKER, S., "Termination clauses" (Ch. 13), en BURROWS and PEEL, (Eds.), *Contract terms*, OUP, Oxford, 2007, pp. 253-283.

-ZEIDMAN, P.F., "With the best of the intentions: Observations on the International Regulation of Franchising" *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, Vol. 19, 2014.

## WEBGRAFÍA:

-CARRASCO PERERA, Á., “Riesgos y estrategias en la nueva contratación con discapacitados, guardadores y curadores”, *Gómez-Acebo y Pombo publicaciones (50 aniversario)*, Análisis-Junio 2021, 15 de junio de 2021, pp. 1-6 (Consultado el 13.10.2021(<https://www.ga-p.com/publicaciones/riesgos-y-estrategias-en-la-nueva-contratacion-con-discapacitados-guardadores-y-curadores/>)).

-CLEMENTE MEORO, M. E., Estudio doctrinal, “La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho del Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, núm. 2131, Mayo de 2011, ISSN: 1979-4767 (<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite>)

-DÍEZ SOTO, C.M., Traducción en español de la “Nota del Secretariado de Unidroit & Sobre los principios de Unidroit relativos a los contratos comerciales Internacionales y la crisis sanitaria del Covid-19, de 15 de julio de 2020, pp. 1-18. (<https://www.unidroit.org/spanish/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-s.pdf>)

-DIXON, W.M., “An examination of the Common Law obligation of Good Faith in the performance and enforcement of the Commercial Contracts in Australia”, 2005, consultado el 20.10.2014 ([http://eprints.qut.edu.au/16123/1/William\\_Dixon\\_Thesis.pdf](http://eprints.qut.edu.au/16123/1/William_Dixon_Thesis.pdf))

-GÓMEZ POMAR, F., Y GILI, M., “Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Enero 2010, pp. 1-37. (<https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/225220/306514>)

-GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento contractual en Derecho español”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, UPF, Barcelona, Julio de 2007, pp. 1-49. (<https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/78949/103090>)

-HEDLEY, C., “GOOD FAITH IN COMMERCIAL CONTRACTS” (consultado el 22.10.2014)[http://www.crippslink.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1754:good-faith-in-commercial-contracts&catid=88:commercial-law&Itemid=537](http://www.crippslink.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1754:good-faith-in-commercial-contracts&catid=88:commercial-law&Itemid=537)

-MARTÍNEZ SANZ, F., Traducción en español de los Principios de Derecho Europeo de los contratos. Partes I y II (revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos Presidente: Profesor Ole Lando. (<file:///C:/Users/MariaCruz/Desktop/Principios-del-Derecho-Contractual-Europeo.pdf>)

-POSADAS PARRA, N., ¿Extinción de contrato de distribución: ¿Competencia desleal?” *Revista Ilp Abogados*, Febrero, 2021. (<https://www.ilpabogados.com/extincion-de-contrato-de-distribucion-competencia-desleal/> consultado el 21.5.21)

-WEISZBERG, G., *“Le ‘Raisonnable’ en Droit du Commerce International*, 2003.  
(<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Reasonableness.html.chp11>), pp. 1-34.  
(Consultado el 15.9.2014)

