

LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN⁽¹⁾⁽²⁾

CÁNDIDO PAZ-ARES

Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

- I. Introducción: 1. Cláusulas *ad nutum* y distribución asimétrica del riesgo; 2. Restricciones proteccionistas a la libertad de terminar; 3. Hipótesis de trabajo y sistema de la exposición. - II. La eficiencia de las cláusulas *ad nutum*; 4. Los contratos de distribución entre empresa y mercado; 5. Contratos incompletos, externalidades y marginalización; 6. Estructura del mecanismo de *enforcement*; cuasi-rentas y facultad de terminación; 7. Las falacias de la irrelevancia y de la unilateralidad en la creación y distribución del excedente. - III. La fragilidad de la hipótesis del abuso; 8. Control de ejercicio y control de validez; 9. Condiciones generales y estandarización; 10. ¿Substitución del riesgo?; 11. La paradoja de la inestabilidad. - IV. El control del oportunismo del principal; 12. Las exigencias de la buena fe; 13. Principio de no-expropiación y *exceptio doli*; 14. Una consideración final.

I. INTRODUCCIÓN

1. Cláusulas *ad nutum* y distribución asimétrica del riesgo

La experiencia enseña que en la práctica la totalidad de los contratos de franquicia y concesión (a los que me referiré conjuntamente bajo la denominación de "contratos de distribución") contienen cláusulas de terminación *ad nutum*, en cuya virtud pueden ser denunciados en cualquier momento si han sido celebrados por tiempo indeterminado o no renovados cuando llegan a su término de vencimiento si se han concertado por tiempo determinado.¹ El significado de tales cláusulas es manifiesto. Lo que pretenden es garantizar la libertad de salida de las partes mediante la atribución a cada una de ellas de la facultad unilateral de poner término a la relación sin necesidad de indemnizar los daños que experimente la contraria ni de

⁽¹⁾ Ese trabajo se ha beneficiado de la ayuda financiera obtenida en el marco del proyecto de investigación PB 93-0275 (DGICYT), de la que el autor es investigador principal.

⁽²⁾ Artículo originalmente publicado en la Revista de Derecho Mercantil N° 223, 1992, págs. 7 - 56. Agradecemos a Ina María Drago, alumna del décimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, por la cesión del presente artículo para su publicación.

¹ Una cuestión sistemática en nuestra doctrina resulta ya bastante común agrupar los contratos de concesión y franquicia bajo el denominación genérica de "contratos de distribución" o "contratos de distribución integrada" (v., por ej., M.A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, *Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la teoría del abstracción*, RDM 177 (1985), págs. 420 y ss.; F. VICENT-CHULIÁ, *Compendio crítico de derecho mercantil*, 3ra. ed., Barcelona 1991, II, pág. 175 y ss.; E. GALLEGO SÁNCHEZ, *La franquicia*, Madrid 1.991, págs. 29 y ss.; etc.; la elaboración más acabada de la categoría se debe, sin duda alguna, a R. PARDOLISI, *I contratti di distribuzione*, Napoli 1979, págs. 11 y ss. C.No. es, con todo, una delimitación pacífica, pues algunos optan -y no sin razones de peso- por una definición más amplia que incluye también al contrato de agencia (v., F. MARTÍNEZ SANZ, *Indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Madrid 1996, págs. 24 y ss.). En este contexto, urge aclarar que el uso restringido que hacemos en este trabajo de la noción de contratos de distribución no constituye una toma de partido en esta discusión: es un simple recurso para facilitar la exposición, que se concentra en los contratos de franquicia y concesión, cuyos especialidades tipológicas tienden por lo demás a desvanecerse en un *continuum* de formas contractuales en el que cada vez más se acentúa la importancia de la transferencia de intangibles (tal se reconoce ya en la literatura económica; v., por todos, A. W. DNES, *The Economic Analysis of Franchise Contracts*, Journal of Institutional and Theoretical Economics 132 (1996), pág. 297).

satisfacerle ninguna otra clase de compensación. Las cláusulas de terminación *ad nutum* son cláusulas de terminación sin coste.²

Esto vale, naturalmente, para quien hace uso de ellas, no para quien las sufre, que a menudo experimenta cuantiosas pérdidas. Para este, son cláusulas de terminación con coste. Desde el punto de vista jurídico, el problema que suscitan tales cláusulas en los contratos de distribución no radica obviamente en la distribución asimétrica del coste de terminación que efectúan *ex post* –esta es una consecuencia inherente a la estructura de la cláusula–, sino en la distribución asimétrica del riesgo que asume cada parte *ex ante*. La evidencia de que disponemos muestra, en efecto, no solo que los principales ejercitan la cláusula con mayor frecuencia que los distribuidores,³ sino también –y esto es lo verdaderamente relevante–, que los daños sufridos por los distribuidores con ocasión de la terminación hecha valer por los principales son siempre mayores que los sufridos por estos cuando la terminación es instada por aquellos. Los distribuidores se llevan indiscutiblemente la peor parte: una vez terminado el contrato, han de cerrar la empresa que venían explotando y durante su vigencia, viven bajo la amenaza de ese triste final.⁴ Planteada la cuestión en estos términos, se advierte a simple vista que la política jurídica a seguir en esta materia depende crucialmente de cómo se interprete esa asimetría en la distribución de los riesgos de terminación. Las alternativas básicas son dos: interpretarla en términos de explotación (*hipótesis del abuso*) o interpretarla en términos de intercambio (*hipótesis de la eficiencia*).

2. Restricciones proteccionistas a la libertad de terminar

La hipótesis del abuso parte de la premisa de que las cláusulas de terminación *ad nutum* no son verdaderamente contratadas, sino impuestas por el principal valiéndose o prevaliéndose de la inferioridad informativa, calculativa o simplemente económica del distribuidor (se supone que el distribuidor no conoce los detalles de lo que firma, o que, aún conociéndolos, no comprende sus consecuencias; o que, aun comprendiéndolas, no tiene fuerza para rechazar las cláusulas que le perjudican). Naturalmente, a partir de tales supuestos –que son todos los que pueden imaginarse ocultos detrás de esa ambigua fórmula de la “disparidad de poder contractual”– los esfuerzos se dirigen a buscar en los intersticios del ordenamiento medios de tutela del distribuidor. Así ocurre, desde luego, en la experiencia jurídica doméstica (pero algo parecido probablemente podría decirse también de la foránea), donde uno detecta un enorme grado de sintonía de la doctrina y, en alguna menor medida, de la jurisprudencia con esa clase de análisis, y ello con independencia de que en muchas ocasiones no lo haga explícito o lo haga explícito en otros términos. El resultado

² En ocasiones se piensa que la simple cláusula de terminación *ad nutum* no implica necesariamente que las partes hayan aceptado la disolución de la relación sin compensación, que para eso es preciso que expresamente se indique así (c., por ej. MARTÍNEZ SANZ, *Industria y comercio por correo*, pág. 301). Sin embargo, este punto de vista es incorrecto. La simple indicación de que las partes pueden terminar libremente el contrato cuando lo estimen oportuno debe interpretarse es el sentido de que pueden terminarlo sin necesidad de satisfacer ninguna indemnización adicional. En este punto es bien clara la STS 21-X-1966 (Ar. 4734). Esta interpretación se confirma examinando la sociología de los contratos, pues lo que observamos en todas partes es que tan pronto como se suscita la más mínima duda en la doctrina o en la jurisprudencia acerca de la posibilidad de que se reconozca al distribuidor cesante algún tipo de indemnización o compensación, la respuesta o reacción inmediata de los operadores es incluir en los contratos una cláusula expresa de exclusión de tales compensaciones.

³ De acuerdo con los resultados de una encuesta publicada en la prensa económica, la terminación del contrato se debe en el 85% de los casos al principal; en el 8% al distribuidor; y en el 4% al mutuo acuerdo (c., *Exposición 9-XI-1996*, pág. 4).

⁴ Más alebrote vemos en que consisten técnicamente estas pérdidas (c., *figura 8*) y estos riesgos (c., *figura 10*).

final –esta es al menos mi percepción del fenómeno– es el establecimiento de serias restricciones a la libertad de terminar formalmente reconocida en las cláusulas *ad nutum*. Las restricciones se arbitran fundamentalmente a través de dos vías: la doctrina de la *justa causa*, a tenor de la cual la terminación solo es legítima si concurre una causa o motivo que la justifique, debiendo el principal, en caso contrario, resarcir al distribuidor los daños y perjuicios ocasionados,⁶ y la doctrina de la indemnización por clientela, que aún reconociendo la plena legitimidad del ejercicio de los derechos de terminación, estima que ha de satisfacerse al distribuidor una compensación por el *goodwill* aportado a la empresa principal.⁷ Ni en uno ni en otro caso, como se desprende de lo señalado, se pone en tela de juicio la eficacia extintiva de la declaración de terminación del contrato; simplemente se le atribuyen consecuencias resarcitorias.⁷ Probablemente se juzga que de este modo, mediante lo que el profesor Díez-Picazo ha llamado una “*justa indemnización*”, queda restablecido el equilibrio entre los riesgos que penden sobre cada parte. No es mi propósito comprobar ahora la consistencia dogmática de estas restricciones elaboradas por la doctrina.⁸ El objetivo de estas páginas es examinar su consistencia valorativa, es decir, su oportunidad desde el punto de vista de la lógica de la contratación, aunque soy consciente de que ambos aspectos de la cuestión –el positivo y el normativo– no son fácilmente separables.

3. Hipótesis de trabajo y sistema de la exposición

Mi hipótesis es que las ideas proteccionistas se han extendido a causa de una insuficiente comprensión de la racionalidad económica de las cláusulas *ad nutum*. Es indudable que el riesgo que generan está distribuido asimétricamente; pero ello no debe imputarse a la prepotencia de los principales, sino a la necesidad de estructurar mecanismos de control que preserven, en beneficio de todos los que participan en el

⁶ Esta doctrina aparece a menudo reflejada en las sentencias de nuestro Tribunal Supremo, aunque la verdad es que no resulta fácil reconocer su alcance. La frase más repetida dice así: “No se excluye la declaración unilateral de desistimiento para denunciar la concesión cuando en exclusiva y sin límite temporal, pero su válido ejercicio requiere la concurrencia de *justa causa* y, por tratarse de obligaciones bilaterales, juzga el incumplimiento patente.” (v., STS 1E-XII-1995 [Ar. 91-49], STS 16-X-1995 [Ar. 7408], STS 16-11-1990 [Ar. 2754], STS 6-11-1978 [Ar. 7077], etc. Un sector de la doctrina se pronuncia asimismo en el sentido de exigir una *justa causa* para la terminación, bien sea presuponiendo que las exigencias de tutela del distribuidor reclaman la transformación del régimen de la denuncia ordinaria (*ad nutum*) en un régimen de denuncia extraordinaria (por *justos motivos*), bien sea generando deberes de justificar la denuncia al amparo de la buena fe (art. 7 CC), bien sea, en fin, acudiendo a normas tan tanto extravagantes, como es, por ejemplo, la contenida en el art. 1594 CC. El alcance preciso de estos pronunciamientos tampoco resulta, en general, claro (v., para una muestra, M. BROSETA PONT, *Manual de derecho mercantil*, 91 ed., Madrid 1991, pág. 481; L. DIEZ-PICAZO, *Curso de agencia y de concesión comercial*, en *Doctrinas jurídicas*, Madrid 1981, I, pág. 168; y, más ampliamente, DOMÍNGUEZ, RDM 177 (1985), 480-483 y J.A. ECHEBARRIA SAENZ, *El contrato de franquicia*, Madrid 1993, págs. 474-477 con más indicaciones. En el terreno legislativo, la doctrina de la *justa causa* ha sido conseguida en algunos países como Bélgica o una significativa porción de los Estados Unidos).

⁷ Esta doctrina se halla mucho más perfilada y asentada en nuestra doctrina y jurisprudencia, que con carácter prácticamente unánime reconocen al distribuidor el derecho a una compensación por clientela. Las diferencias radican en su fundamentación jurídica: la jurisprudencia normalmente tiende a localizarla en la teoría general del enriquecimiento injusto (v., por ej., STS 22-III-1988 [Ar. 2224], STS 16-11-1990 [Ar. 2754], STS 15-X-1992 [Ar. 7822], STS 17-11-1993 [Ar. 2289], STS 27-V-1993 [Ar. 3986], etc.) y la doctrina, en cambio, suele apoyarse sobre la extensión analógica al concesionario y franquiciado del art. 28 de la Ley de Agencia (v., por ej., F. VICENT-CHULIA, *Introducción al derecho mercantil*, 9ª ed., Valencia 1996, págs. 574-575; A. GARCÍA HERRERA, *Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1993*, RGD 604-605 (1993), págs. 3156-3157 y, sobre todo, con abundante información, MARTÍNEZ SANZ, *Indemnización por clientela*, págs. 275 y ss.).

⁸ La eficacia meramente indemnizatoria de las restricciones suele justificarse apelando a la prohibición de las obligaciones perpetuas (particularmente ilustrativa la STS 16-X-1995 [Ar. 7408]).

⁹ De esta cuestión me he ocupado con cierto detalle en otro trabajo (v., C. PAZ-ARES, *La indemnización por clientela en el contrato de concesión*, La Ley 4266 [11-15-1997], págs. 1-10), al que remito al lector interesado.

sistema, la integridad de los activos intangibles sobre los que descansa y de los objetivos de ventas que persigue.⁹ Este es el punto de vista que me propongo desarrollar en el presente trabajo, que se divide en tres partes. La primera se dirige a examinar los problemas transaccionales que se presentan en los contratos de distribución y el papel –verdaderamente central– que desempeñan en su resolución las cláusulas de terminación *ad nutum*. El objetivo del análisis es esclarecer las razones que permiten comprender por qué tales cláusulas aparentemente desequilibradas forman parte de un intercambio mutuamente ventajoso (v., *infra* II). La segunda parte tiene un doble objeto: de un lado, comprobar la inconsistencia de las presuposiciones que subyacen a la hipótesis del abuso, todas ellas basadas, en última instancia, en la idea de que el consentimiento prestado por el distribuidor a las cláusulas *ad nutum* es un consentimiento degradado o disminuido (*non volenti fit iniuria*); y de otro lado, poner de manifiesto el riesgo que entrañan para el colectivo de los distribuidores las restricciones de la libertad de terminar que se patrocinan al amparo de dicha hipótesis (v., *infra* III). La tercera y última parte se destina a especificar los mecanismos de que puede echarse mano para paliar los abusos o atropellos que eventualmente puedan cometerse en el ejercicio *ex post* –no en la configuración *ex ante*– de los derechos de terminación *ad nutum*. Se trata simplemente de definir los deberes de buena fe de un modo congruente con la estructura económica de los contratos de distribución (v., *infra* IV).

La llave para comprender esta hipótesis de eficiencia que ya desde ahora contrapongo a la hipótesis del abuso está en el enfoque temporal del problema. La hipótesis del abuso se sitúa en el momento de la confrontación (cuando surge el conflicto) y, a partir de ahí, mira el contrato hacia atrás. Como la distribución de pérdidas y ganancias a que conduce la cláusula de terminación *ad nutum* le parece poco equitativa, tiende a suponer que la raíz del problema está en el momento inicial y, por tanto, se siente inclinada a pensar que en ese momento ha habido explotación de la parte débil. La hipótesis de la eficiencia sustituye este enfoque retrospectivo por un enfoque prospectivo. Se sitúa en el momento de la coordinación (cuando se concierda el contrato) y, a partir de ahí, mira hacia adelante. Lo que le preocupan son los incentivos que genera la regla para el buen desenvolvimiento del programa contractual, no los resultados distributivos que eventualmente puedan ocasionarse en el momento terminal. Si aquellos están correctamente diseñados, estos –cualesquiera que sean– tenderán a verse como una consecuencia inevitable, como el precio que hay que pagar para conseguir un objetivo del que ambas partes pueden beneficiarse.¹⁰

II. LA EFICIENCIA DE LAS CLÁUSULAS *AD NUTUM*

4. Los contratos de distribución entre la empresa y el mercado

Para desarrollar nuestro argumento sobre la eficiencia de las cláusulas *ad nutum* conviene que de antemano nos hagamos cargo del lugar que ocupan los contratos de distribución dentro del arco de las distintas formas organizativas y de las razones que justifican su peculiar estructura económica. En relación al primer extremo diré que la existencia de un elevado grado de control del principal sobre los distribuidores

⁹ Eric Schmitz ha mostrado la contradicción inherente de los contratos de franquicia y comisión con la idea de ganancia (c. E. SCHMITZ, *Systémale Commerce*, Baden-Baden 1991, pág. 96).

¹⁰ De esta contraposición entre la perspectiva *ex ante* propia del pensamiento contractual y la perspectiva *ex post* difundida en el pensamiento jurídico más convencional me he ocupado en C. PAZ-ARES, *Principios de eficiencia y derecho positivo*. Estudios en homenaje a M. Bernaldo de Quirós, III, Valencia 1995, págs. 2844-2850.

y la consiguiente integración de estos en la red de aquel permite ubicar esta clase de contratos –en especial, los de franquicia y de concesión– en un lugar intermedio entre la empresa (es decir, la distribución centralizada mediante una red propia) y el mercado (es decir, la distribución descentralizada a través de los establecimientos del comercio independiente).¹¹ Dicho de otro modo: los contratos de distribución representan una estrategia organizativa a mitad de camino entre la integración vertical y el intercambio discreto. En un artículo clásico Ronald Coase avanzó la hipótesis central de la nueva economía de las organizaciones: el mercado y la empresa son formas distintas de organizar la actividad económica, y las razones por las que se recurre a una u otra no son de naturaleza tecnológica, sino de naturaleza contractual. La variable crucial son los costes de transacción relativos.¹² La actividad de distribución –como cualquier otra actividad– se organizará dentro de la empresa (mediante la propiedad de los activos y contratos de trabajo centralizados) cuando los costes contractuales de organizarla a través del mercado (mediante intercambios anónimos mediados por el sistema de precios) sean mayores. Hay que suponer, por ello, que si la distribución se realiza a través de contratos de franquicia y concesión es porque estas modalidades de organización presentan, al menos en algunos sectores, ventajas comparativas tanto frente a la integración vertical (empresa) como frente al intercambio discreto (mercado). El examen de estas ventajas nos descubre la estructura económica de los contratos de distribución.

Las ventajas que tienen frente a la integración vertical se manifiestan en el plano de los incentivos: siendo el distribuidor un agente jurídicamente independiente y, por tanto, titular de la renta residual de su unidad, dispone de más incentivos para trabajar duro que si fuera empleado de la empresa. Las ventajas frente al intercambio discreto radican en sus mejores posibilidades para preservar y valdrizar los activos intangibles del sistema. La racionalidad económica básica de estos contratos estriba pues en que permite a las partes conseguir los beneficios que proporcionan las economías de escala en desarrollo organizacional y de reputación y al propio tiempo incrementar el incentivo en el nivel del distribuidor para esfuerzos de venta y beneficios. Hay, por así decirlo, una división del trabajo o de la actividad óptima: la parte que puede hacer mejor un agente independiente –la gestión cotidiana de las tareas de comercialización– se encomienda al distribuidor; la parte que puede hacer mejor el agente central –el control y la producción de intangibles (política de marca, publicidad, *training* del personal, *know how*, etc.) – la retiene el principal.¹³ Concluyendo: si se recurre a los contratos de franquicia o de concesión es porque de este modo se abaratan los costes de distribución de los productos y servicios de marca. De lo contrario, proliferarían modalidades de organización alternativas allí donde hoy vemos difundidas la franquicia y la concesión.¹⁴ Y si la eficiencia –la ventaja

¹¹ Hablamos en este caso de mercado porque no hay ninguna integración: el fabricante se limita a vender sus productos a los distribuidores independientes de los distintos niveles (por ej., el agricultor vende a un mayorista su cosecha de manzana; las empresas lácteas venden quesos y yogures a los supermercados y grandes superficies; los fabricantes de herramientas venden martillos y destornilladores a las ferreterías). La característica en todos estos casos es que los "principales", una vez vendidos sus productos a los intermediarios, se desentienden en buena medida del proceso de distribución.

¹² V. R. H. COASE, *La estructura de la empresa*, dentro de su libro *La empresa, el mercado y la ley*, trad. esp., Madrid 1994, págs. 33 ss. (el trabajo original "The Nature of the Firm" está publicado en *Economica* 44 (1937), págs. 306 y ss.).

¹³ Esta es la explicación que se ha hecho comúnmente del estudio de P. RUBIN, *The Theory of the Firm and the Structure of Franchise Contracts*, *J. Law & Economics* 21 (1978) págs. 223 y ss.

¹⁴ Para un análisis más detallado v. J. BRONLEY y F. H. DARK, *The Choice of Organizational Form, The Case of Franchising*, *J. Fin. Econ.* 18 (1987), págs. 401 y ss.

comparativa- de estas formas intermedias de distribución se explica por sus menores costes contractuales respecto de las formas alternativas extremas, hay que pensar que los contratos tal y como están diseñados usualmente tienen una estructura eficiente. Mi propósito es mostrar que las cláusulas de terminación *ad nutum* constituyen una pieza indispensable dentro de esa estructura, y a tal efecto parece oportuno analizar: (1) la naturaleza de los costes contractuales que presentan los contratos de distribución; (2) el papel que específicamente juegan en su reducción las cláusulas de terminación *ad nutum*; y, (3) la justificación de tales cláusulas desde el punto de vista de las reglas del intercambio. De todo ello me ocupo en los tres epígrafes sucesivos.

5. Contratos incompletos, externalidades y marginalización

Los costes fundamentales de la contratación son los costes del incumplimiento, pues si los contratos se cumplieren automáticamente por cada una de las partes satisfaciendo plenamente las expectativas de la otra apenas habría costes contractuales o costes de transacción.¹⁷ Aunque ciertamente muchos cumplen en función de imperativos morales ("no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti"), desde el punto de vista positivo parece más prudente enfocar el análisis partiendo de una hipótesis de hombre menos virtuoso. Esta hipótesis indica que una vez firmado el contrato, la racionalidad conjunta del momento de la celebración queda sustituida por una racionalidad estrictamente individual, en función de la cual hay que esperar que el obligado incumplirá sus compromisos salvo en las hipótesis de que él mismo se beneficie directamente del cumplimiento o de que pese sobre él la amenaza de una sanción-formal y/o informal-suficiente. En el primer caso - convergencia de intereses- hay alineamiento natural de incentivos; en el segundo - divergencia de intereses-, el alineamiento es artificial.

El contrato se cumple naturalmente cuando los incentivos de ambas partes caminan en la misma dirección. Buena parte de las actividades contractualmente prometidas por los distribuidores (promover la venta del producto o servicio del principal) y por los principales (preservar el valor de los intangibles del sistema) están alineadas: al distribuidor le interesa hacer bien su trabajo porque así incrementa el volumen de su negocio y obtiene mayor provecho para sí; al principal le interesa hacer bien el suyo, porque así refuerza la reputación del conjunto, estimula la demanda y logra también mayores rendimientos. Ahora bien, este alineamiento de incentivos no es totalmente perfecto por la sencilla razón de que ninguna de las partes captura todos los beneficios ni paga con todos los costes de sus acciones: unos y otros se comparten y, en esa medida, se producen efectos externos que propician el incumplimiento. El distribuidor hará menos esfuerzos si parte del beneficio se lo lleva el principal; el principal no hará las mismas inversiones en intangibles y control, si parte de sus rendimientos van a parar a los distribuidores. Lo mismo sucede con los costes: unos y otros tendrán incentivos para no contenerlos cuando una porción

¹⁷ He de puntualizar que, en rigor, los "costes de transacción" no son sólo los costes de incumplimiento, sino también los costes de celebración (búsqueda de la contraparte y negociación del contenido del intercambio), o -para decirlo con la terminología de los economistas- no son sólo los costes de motivación, sino también los costes de coordinación. No obstante, aquí nos ocupamos sólo de los costes de incumplimiento -es decir, incumplimiento imputable a la voluntad o negligencia del deudor- o costes de motivación, que se originan a causa del riesgo siempre existente de que las partes incumplan sus promesas. Entre las inversiones dirigidas a reducir el riesgo de incumplimiento deben incluirse aquellos costes asociados a la especificación de las obligaciones de cada parte que no se deben a la simple coordinación del intercambio, sino a la motivación, pues la mayoría de las veces los contratos se escriben para facilitar después ante el juez la prueba del incumplimiento.

de ellos pueda ser desplazada sobre los demás. Es el problema clásico de los "comunes", donde a causa de la divergencia entre el producto privado y el producto social surgen ineficiencias. En nuestro caso, el problema se ve agravado porque en la operación no solo participan el principal y el distribuidor sino también todos los demás distribuidores integrados en la red.

En tales circunstancias –y de acuerdo con el planteamiento más arriba esbozado– cabe esperar que en ese tramo o sector de la actividad contractual en que los incentivos no están perfectamente alineados se intensifique el riesgo de incumplimiento, lo que los economistas denominan riesgo moral u oportunismo. Y si es así, cabe esperar también que las partes traten de mitigarlo estableciendo alineamientos artificiales de incentivos, que naturalmente son costosos (los costes de transacción asociados al incumplimiento se definen precisamente en función de la suma del coste de establecer tales alineamientos de incentivos y del coste de la divergencia de intereses residual, es decir, aquella divergencia que no resulta económicamente justificada corregir)¹⁶. Los mecanismos de alineamiento de incentivos presentan una asombrosa variedad, pero a nuestros efectos podemos englobarlos en dos grandes categorías: mecanismos jurídicos y mecanismos de mercado. Los primeros son aquellos que proporciona el sistema jurídico y judicial, un sistema que sufragamos todos para facilitar el proceso de la contratación. Los segundos son todos los demás. La dogmática contractual se ha elaborado básicamente bajo el dogma del "centralismo jurídico", en virtud del cual se presume la suficiencia del ordenamiento y de su brazo judicial para garantizar íntegramente el cumplimiento de los contratos. La experiencia de todos los días nos enseña, sin embargo, cuán falaz es esta suposición. La eficacia del sistema jurídico para promover el cumplimiento de los contratos es imperfecta, y lo es, con independencia del mejor o peor funcionamiento de las instituciones legislativas, judiciales, etc., porque todos los contratos son incompletos.

La eficacia del sistema jurídico para gobernar el riesgo de incumplimiento está correlacionada, en efecto, con el grado de complitud de los contratos, es decir, con el grado de especificabilidad de la conducta debida y con el grado de verificabilidad de la conducta no debida.¹⁷ Cuando la especificación de la conducta debida y la verificación de la no debida es muy simple (piénsese, por ejemplo, en una compraventa de valores), el contrato se gobierna con bastante facilidad por el ordenamiento jurídico.¹⁸ En los demás casos, la salvaguardia del contrato hay que suplementarla –como tendremos ocasión de ver con más detalle– con mecanismos extrajurídicos o

¹⁶ Esta formulación simplifica y generaliza la clásica de M. JENSEN y W. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, J. Fin. Econ. 3 (1976), págs. 305 y ss.; existe una versión traducida en castellano: v. M. JENSEN y W. MECKLING, *Teoría de la empresa: la gestión, costes de agencia y estructura de la propiedad*, en L. PUTTERMÁN (ed.), *La naturaleza económica de la empresa*, Madrid (1994), págs. 250-266.

¹⁷ Para una buena introducción a la teoría de los contratos incompletos v., desde la perspectiva de un jurista, A. SCHWARTZ, *Legal Contract Theories and Incomplete Contracts*, en L. WHITE y H. WOLKOFF (eds.), *Contract Economics*, Oxford-Cambridge 1992, págs. 76 y ss., esp. 80-83; y, desde el punto de vista económico, O. HART, *Incomplete Contracts*, en J. ESTEWELL, M. MILGROM y P. NISWAN (eds.), *Allocation, Information and Markets*, The New Palgrave, New-York-London 1989, págs. y 163 ss.

¹⁸ Téngase en cuenta que la propia seguridad de obtener una determinada respuesta judicial –seguridad que está vinculada a la claridad de los fundamentos de derecho (especificación de las obligaciones) y de fundamentos de hecho (verificación del incumplimiento)– disminuye a par que sí misma la diligencia y fomenta el cumplimiento. La seguridad permite reducir drásticamente el oportunismo de las partes, la posibilidad de comportamientos escarregicos y la variabilidad *ex ante* judicial, y esto –según es lógico– consiste en la teoría económica de la litigación –retro a las partes de *plethora*, es definitiva, las invita a cumplir (para una introducción a estas cuestiones véase nuestra *literatura* v. S. PASTOR, *¿Dó de la justicia? Política judicial y económica*, Madrid 1993, págs. 113 y ss.

de mercado. El problema es especialmente grave en nuestro caso debido al elevado grado de incumplitud de los contratos de distribución. Obsérvese que cuando dos personas firman un contrato de esta naturaleza, si bien se comprometen a cumplir sus funciones respectivas –promoción de ventas con sujeción a las normas del principal; preservación de los activos intangibles y control– poniendo en ello sus mejores esfuerzos, no pueden especificar en el documento más que algunas condiciones de la transacción (por ej., cuotas mínimas de compra, volúmenes de stock permanente, inversiones publicitarias, etc.). Los contratos de distribución son particularmente incompletos por dos razones principales. La primera radica en las *incertidumbres* que reserva el tiempo en las relaciones de larga duración, que determinan la existencia de un número muy elevado de contingencias posibles, y en el coste prohibitivo que tiene especificar de antemano cuáles son las respuestas a todo ese rango de posibilidades (imagínese, por ejemplo, lo que es prever que el franquiciado utilizará helado hecho en casa con ciertos componentes si cierra la empresa suministradora prevista en el contrato; pero incluso imaginado que se ha incluido esa previsión: ¿qué sucederá si la empresa no cierra pero reduce su calidad?). La segunda razón estriba en las *dificultades de medición* de las prestaciones contractuales con múltiples dimensiones o variables, que determinan en muchas ocasiones la práctica imposibilidad de probar ante un tercero el incumplimiento (el incumplimiento es observable por la contraparte, pero no es verificable ante el juez)¹⁹, siendo asimismo muy costoso establecer mecanismos de control idóneos para combatir el problema (piénsese, por ejemplo, lo que supondría poner en práctica un sistema de grabaciones que registre permanente el nivel de limpieza de un restaurante franquiciado o la cantidad de atención que dispensa el concesionario a sus clientes).²⁰

Es justamente la existencia de estas “incomplitudes” en el contrato (que en última instancia proceden de la racionalidad limitada de los individuos) lo que hace económicamente posible el incumplimiento (que en última instancia procede de la moralidad limitada)²¹. *El riesgo de incumplimiento u oportunismo puede definirse a estos efectos como el riesgo de que una parte trate de aprovecharse o de tomar ventaja de los elementos no especificados o no verificables de la relación contractual.*²² De las lagunas de regulación y de medición, que presentan los contratos de distribución, pueden sacar provecho tanto el principal como el distribuidor. Los lugares más propicios para que se manifieste el oportunismo del principal serán aludidos más adelante. Lo que ahora interesa es

¹⁹ Esta asimetría informativa entre las partes y el juez es la raíz del problema. La asimetría informativa entre las partes es irrelevante. La incumplitud contractual no tiene que ver –como dice Hart (*loc cit.*, nt. 17, pág. 165)– con la observabilidad interna de la conducta, sino solo con su verificabilidad externa.

²⁰ Para documentar estos aspectos puede verse el trabajo de G.K. HADFIELD, *Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contract*, Stan. L. Rev. 42 (1990), págs. 927 y ss., más valioso por la experiencia que aporta que por la teoría que elabora.

²¹ Si los individuos tuvieran racionalidad limitada (es decir, si pudiesen prever y medir sin coste todas las contingencias) no habría riesgo de incumplimiento, aunque fueran oportunistas. Y viceversa: si los individuos tuvieran moralidad limitada (es decir, si respetasen y cumplieran siempre su palabra), tampoco habría riesgo de incumplimiento, aunque tuviesen capacidades cognitivas y de computación limitadas. Williamson dice incluso más: si los individuos no hicieran inversiones específicas a la transacción (es decir, si no pudiesen nada por cambiar de parte), tampoco habría riesgo de incumplimiento, aunque fueran oportunistas y racionalmente limitados. En este caso, la competencia resolvería el problema (v. G.E. WILLIAMSON, *Analisis económico de la organización empresarial*, trad. esp., México 1989, págs. 40-42). El problema de la contratación está, por tanto, en la conjugación de tres fuentes de peligro: racionalidad limitada, moralidad limitada (oportunistas) y competencia limitada (especificidad de activos).

²² Cf. B. KLEIN, *Contracts and Incentives: the Role of Contract Terms in Averting Performance*, en L. WITZ y H. WEKONEN (eds.), *Contract Economics*, Oxford-Cambridge (Mass.), 1992, pág. 150. Es curioso añadir que el incumplimiento del que estoy hablando es el incumplimiento imputable al acreedor (dolo o culpa). Los demás incumplimientos son esencialmente irrelevantes, y, desde luego, no interesan desde el punto de vista de nuestro análisis.

identificar con cierta precisión los ámbitos de la conducta debida del distribuidor en que la probabilidad de incumplimiento es mayor. Básicamente son dos: el ámbito de los *inputs* de producción y el ámbito de los esfuerzos de ventas. El riesgo en el primer caso es el de *reducción de la calidad* del producto o servicio producido por el distribuidor, que origina el problema de la *externalidad*. En el segundo caso, el riesgo es el de *reducción de la cantidad* de bienes o servicios vendidos al público, que viene ocasionado por el problema de la *marginalización*.

El riesgo de la *reducción de calidad* se presenta básicamente en relación a aquella parte de la producción final del bien que se deja en manos del distribuidor. El supuesto paradigmático lo proporciona la franquicia, donde el servicio es totalmente producido por el franquiciado (pero también hay aspectos de producción en los concesionarios: por ejemplo, reparación de vehículos, etc.). Como es sabido, el principio básico de la franquicia consiste en descentralizar la producción asegurando su homogeneidad en las distintas unidades, pues solo si se logra la estandarización del producto tiene sentido centralizarse la política de intangibles (marca, reputación, tecnología, etc.). El objetivo perseguido, es –dicho sea con la mayor sencillez– informar al público sobre la calidad. Si un individuo se desplaza puede confiar que en cualquier establecimiento de McDonalds le servirán la hamburguesa de la misma calidad, (tipos de carne, nivel de higiene, etc). La homogeneidad tiene una importancia crucial, pues si nuestro viajero comprueba que el establecimiento que acaba de visitar ha variado la calidad –es decir, la ha rebajado–, juzgará que la cadena en su conjunto ha defraudado sus expectativas. Y así es como surge el problema de la externalidad. Puesto que la información sobre la calidad que proporciona la marca se aplica a todas las unidades de la red, todos sus miembros se ven afectados por un problema de acción colectiva. En efecto, si cada franquiciado aporta *inputs* que influyen decisivamente sobre la calidad del producto (por ej., nivel de limpieza del establecimiento y nivel de calidad de la carne de las hamburguesas), entonces cada franquiciado tiene un incentivo para rebajar sus costes y prestar una calidad inferior, porque el beneficio derivado del ahorro obtenido se queda íntegramente en casa y, en cambio, el coste derivado del desgaste de la reputación se comparte con el resto de los miembros de la red.²³ Es importante reconocer que la reacción de los consumidores al reprochar la baja calidad a todo el sistema no es en absoluto irracional. Ellos saben perfectamente que el problema es del establecimiento que les ha servido, pero no se lo reprochan al franquiciado, sino al franquiciador por haber relajado el control cuando lo que se esperaba de él es que garantizase un servicio homogéneo en toda la red. El riesgo de la reducción de calidad y el problema de externalidad negativa que genera constituyen preocupaciones de primer orden dentro de cualquier sistema de *franchising*, y de hecho, si no logran gobernarse a un coste razonable, los costes de transacción de esta forma organizativa pueden ser tan elevados que resulte aconsejado optar por técnicas alternativas.²⁴

²³ Este problema quedó perfectamente identificado a raíz del trabajo de RUBÍN, J. *Law & Econ.* 21 (1978), pág. 228. Desde entonces es muy conocido en la literatura (para un análisis especialmente cuidadoso, v. B. KLEIN Y L. F. SAFT, *The Law and Economics of Franchise Tying Contracts*, *J. Law & Econ.* 28 (1985), págs. 345 y ss., esp. 349-350).

²⁴ Hemos ejemplificado el problema en relación a un caso en el que se produce externalidad horizontal (tanto en los demás distribuidores) y externalidad vertical (tanto al principio). Naturalmente, cuando la franquicia se refiere a productos o servicios que usualmente no son comprados por consumidores ocasionales o consumidores ocasionales, el problema de la externalidad horizontal se acentúa, pero subsiste el de la externalidad vertical, que por esta razón algunos califican como el problema verdaderamente característico de la franquicia (v., en este sentido, G. F. MATHEWSON Y R. A. WINTER, *The Economics of Franchise Contracts*, *J. Law & Econ.* 28 (1985), págs. 503 y 581, págs. 505-507).

El problema de la *reducción de cantidad* tiene un alcance más general, pues se presenta incluso cuando la calidad del producto y, por consiguiente, el valor de la marca no son o son escasamente influenciados por el trabajo del distribuidor. El caso paradigmático puede ilustrarse con la distribución de productos terminados a través de concesionarios (aunque el mal que ilustra aqueja igualmente a los contratos de franquicia). El problema surge como siempre a causa de no hallarse perfectamente alineados los incentivos del distribuidor con los intereses del principal: dadas sus diferentes estructuras de costes, el primero se siente inclinado a vender menos cantidad de la que conviene al segundo.²⁶ Para que el problema aparezca hasta que concurren dos condiciones. La primera es que el distribuidor controle ciertos factores que influyen en la demanda del producto del principal, entre los que destacan los relativos a los esfuerzos de venta o de *marketing*. Esta condición suele cumplirse en los contratos que examinamos, pues si el principal ha recurrido a organizar la distribución mediante concesionarios en lugar de confiarla a comerciantes independientes (mercado) es precisamente porque está interesado en las labores que pueden desarrollar aquellos para estimular la demanda. La segunda condición es que el precio al que el principal vende sus productos al concesionario sea mayor a su coste marginal. Esta condición también suele satisfacerse en nuestro caso, pues lo normal es que los productos de marcas afamadas ganen una prima de reputación.²⁶ Bajo estas circunstancias, es manifiesto que el fabricante desea vender unidades adicionales de su producto (porque seguirá vendiendo por encima del coste marginal) y, por tanto, desea que el concesionario realice esfuerzos de venta adicionales. El concesionario, sin embargo, está interesado en limitar sus esfuerzos de ventas. Lo lógico desde su punto de vista es que deje de esforzarse a partir del momento en que el coste marginal del esfuerzo sea mayor que el margen de reventa de que dispone; de lo contrario esas ventas adicionales solo le reportarán pérdidas. Y aquí es justamente donde reside el problema, pues actuando de este modo el concesionario incumple el contrato. Es de observar en este sentido que el acuerdo explícito o implícito no indica que el concesionario dosifique sus labores de promoción en función del coste marginal, sino del coste medio. De hecho, la compensación que le ofrece el fabricante está pensada para cubrir esos esfuerzos de venta adicionales. Lo único que sucede es que el concesionario no la obtiene marginalmente sino a través de los márgenes de reventa que le procuran todas las ventas previas. Dicho de otro modo: el concesionario se obliga a desplegar sus funciones de promoción y venta hasta el límite que le permitan sus costes totales, con independencia de que pueda o no pueda cubrir sus costes marginales.²⁷ La tendencia del concesionario a la marginalización

²⁶ En términos generales puede decirse que el distribuidor está incentivado a maximizar su beneficio, mientras que el principal está interesado en que maximice su cifra de ventas, porque en función de esta obtiene sus ganancias, sea mediante el suministro de más productos en la concesión, sea cobrando más royalties en la franquicia.

²⁷ Para comprender esto es necesario tener en cuenta que el desarrollo de marcas implica inversiones costosas y que, si se imitan estas, es porque es necesario para vencer las asimetrías informativas y garantizar la calidad de los productos que se ofrecen a los consumidores. Existe pues una diferencia fundamental entre los mercados en los que la información es perfecta y los mercados en los que la información es imperfecta o asimétrica. En los primeros, la competencia reduce el precio hasta que (igual al coste marginal, en los segundos –es decir, en los mercados en que hay que recurrir a mecanismos de reputación o similares para garantizar la calidad–, el precio debe ser siempre superior al coste marginal, y ello con independencia de que sean competidores o no. La razón es clara: si los precios igualan el coste marginal, no hay incentivo para producir calidad alta. La garantía de calidad está en ese diferencial entre coste y precio, es la prima de reputación, es decir, es el riesgo de pérdidas si se rebaja la calidad (esta cuestión, analizada originalmente por B. KLEIN y K.B. LEFFLER, *The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance*, *J. Polit. Econ.* 89 (1981), págs. 612 y ss., viene parte ya del acervo de la teoría económica estándar; véase, por ej., J. E. STIGLITZ, *Economía, trad. esp.*, Barcelona 1993, pág. 353).

²⁸ Básicamente, el problema tiene su origen en la existencia de consumidores marginales, es decir, en la existencia de consumidores que, dados si comprar el producto, ya que el valor que le atribuyen –la utilidad que esperan obtener

de sus cálculos comporta la reducción de la cantidad de ventas y, por tanto, representa otro riesgo contractual de envergadura que el principal ha de gobernar convenientemente, pues en otro caso puede ser que cualquiera de las alternativas de que dispone para organizar la distribución le salgan más a cuenta.

6. Estructura del mecanismo de *enforcement*, cuasi-rentas y facultad de terminar

De cuanto venimos diciendo se desprende que la eficiencia de los contratos de distribución necesita mitigar los problemas de la externalidad y de la marginalización. De lo contrario, la brecha que se abre mediante la reducción de la calidad del producto y la reducción de la cantidad de ventas puede poner en peligro su supervivencia como peculiar forma organizativa a mitad de camino entre el mercado y la empresa. El problema con que ahora nos enfrentamos consiste en identificar los dispositivos y artificios de que se valen las partes para alinear sus incentivos y yugular el riesgo de oportunismo. No hace falta decir que las partes recurren, en primer lugar, a los mecanismos de *enforcement* que les proporciona el ordenamiento jurídico, y a tal efecto acostumbran a completar el contrato con ciertas especificaciones ulteriores que sirven para atenuar, directa o indirectamente, la incidencia de los males en cuestión. La práctica contractual así lo demuestra. Los contratos suelen establecer, en efecto, cuotas mínimas de compra, que es una forma de aliviar el problema de la marginalización; cláusulas de exclusividad territorial, que obligan a internalizar los efectos del desgaste de reputación y, por tanto, mitigan en parte el problema de la externalidad horizontal; cláusulas de aprovisionamiento, que fuerzan a adquirir ciertos *inputs* en proveedores autorizados, contribuyendo de este modo a asegurar la calidad deseada;²⁸ y así muchas otras cláusulas, cuyo objetivo primario es definir con la mayor precisión posible cómo debe operar el distribuidor o proveerle de incentivos para hacerlo correctamente. Con todo, es evidente (o esperaría que lo fuese a la vista de las consideraciones realizadas en el apartado anterior) que los mecanismos jurídicos de *enforcement* son insuficientes. Como se advierte a simple vista, no es sencillo configurar un documento contractual de modo que resulten fácilmente verificables todas las variables que determinan el nivel de calidad de la producción y el volumen de esfuerzos de venta óptimos. Tienen tantas dimensiones y dependen de tantas circunstancias cambiantes, que son prácticamente imposibles de expresar, cuantificar y verificar. Por eso, decimos que los contratos de distribución

de él— está muy cerca del coste en que deben incurrir para adquirirlo (el precio). Imaginemos que el fabricante vende el automóvil al concesionario por 850.000 pts. y que el precio competitivo del modelo en el mercado es de 1.000.000 pts., donde las 150.000 pesetas de diferencia entre precio de adquisición y precio de venta cubren los costes competitivos de la distribución. Imaginemos que un consumidor marginal valora el automóvil en 985.000 pts. y que puede ser convencido para que lo compre si el concesionario hace un esfuerzo adicional de ventas por valor de 30.000 pts. (por tanto, un gasto de 30.000 pts. hace aumentar la valoración del consumidor en 15.000 pesetas, que es el aumento necesario para vender). Obviamente, al concesionario no le interesa proveer ese servicio que le interesa al principal porque pierde con él. Lo que le interesa al concesionario es vender a consumidores intramarginales, es decir, a consumidores que ya están convencidos y en los cuales debe invertir poco en esfuerzos de ventas. La estructura de este problema que aquí hemos presentado bajo la rúbrica de “reducción de cantidad” fue identificada por primera vez y analizada con detalle por B. KLEIN Y K. M. MURPHY, *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, en: *J. Law & Econ.* 31 (1988), págs. 285 y ss., esp. 282-285. En sus estudios más recientes, Benjamin Klein considera que este es el problema verdaderamente decisivo de todos los contratos de distribución, considerando que los demás tradicionalmente mencionados o están mal planteados (por ej., el problema de los “servicios presentados” o de la “doble marginalización”) o apenas son referenciales. B. KLEIN, *The Economics of Franchise Contracts*, *Journal of Corporate Finance* 2 (1993), págs. 9 y ss., esp. 13-17.

²⁸ Sobre los contratos atados como técnica de control de la calidad y, por tanto, como respuesta a las demandas de eficiencia y no de ineficiencia, como supone el derecho romano y su aplicación indiscriminada a los contratos de distribución— v. el ya citado estudio de B. KLEIN Y L. F. SATT, *The Law and Economics of the Franchise Tied Contract*, *J. Law & Econ.* 28 (1985), págs. 345 y ss., esp. 351-354.

no solo son necesariamente incompletos, sino que son especialmente incompletos. Y siendo todo ello así, se comprenderá sin esfuerzo que el sistema jurídico únicamente puede ser de ayuda para gobernar los *incumplimientos patentes*, es decir, los incumplimientos que se sitúan en el lado explícito del contrato (ngr.: infracción de la cuota mínima de adquisición, impago de *royalties*, etc.). Pero en modo alguno sirve para gobernar los que podemos llamar *incumplimientos latentes*, aquellos que infringen el lado implícito del contrato, aquellos que no pueden acreditarse cumplidamente ante los jueces y que, sin embargo, afectan crucialmente a la calidad y la cantidad óptimas de la distribución.

Se evidencia así la necesidad de complementar el mecanismo de *enforcement* jurídico (que depende de un tercero) con un mecanismo de *enforcement* extrajudicial (que sea autoejecutivo), apto para combatir el riesgo de incumplimiento latente y para preservar la integridad de la parte implícita e incompleta del contrato.²⁹ La estructura básica de estos mecanismos automáticos fue modelizada en 1981 por B. Klein y K. Leffler. Todo lo que hace falta –venían a decir estos autores– es construir una pérdida de capital para el incumplidor (mediante la retirada de posibilidades de negocio futuras), cuyo valor esperado sea mayor al valor esperado de las ganancias que reporta el incumplimiento.³⁰ En los contratos de distribución el mecanismo se construye de una manera relativamente simple: generando a favor del distribuidor una corriente de cuasi-rentas –es decir, un flujo de ganancias sobrecompetitivas– bajo la amenaza de perderla si incumple el contrato.³¹ La eficacia del mecanismo depende de dos factores fundamentales: el valor de las cuasi-rentas y el valor de la amenaza.

El *valor de las cuasi-rentas* –el valor presente descontado de la ganancia sobrecompetitiva que se espera a largo plazo (Vcr)– ha de ser igual o superior al valor del incumplimiento –al valor presente descontado de la ganancia que obtiene el distribuidor que no cumple a corto plazo, es decir, hasta que es detectado (Vi)-. El mecanismo de *self-enforcement* requiere, pues, que $Vcr \geq Vi$.³² Siendo ello así, es obvio que el contrato ha de estructurarse para que disminuya Vi y aumente Vcr . El primer objetivo se consigue fundamentalmente –luego veremos por qué– organizando dispositivos de control y vigilancia.³³ El segundo objetivo se consigue a través de otras cláusulas contractuales que tienen por objeto garantizar al distribuidor la obtención de ganancias sobrecompetitivas. Las más importantes son las cláusulas

²⁹ Naturalmente, también vale para la parte explícita, puesto que una vez establecida gobierna toda la relación contractual.

³⁰ El trabajo a que me refiero –pero mi una de las lecturas más esclarecedoras para comprender el proceso contractual– es el ya citado de B. KLEIN y K. B. LEFFLER, *The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance*, J. Pol. Econ. 89 (1981), págs. 615 ss. La idea central ya estaba apuntada en B. KLEIN, R. C. CRAWFORD y A. A. ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriate Incentive, and the Competitive Contracting Process*, J. Law & Econ. 21 (1978), págs. 298 ss., esp. 303-304 (hay versión castellana extractada en L. PÉREZ-CRUJEIRA (ed.), *La estructura económica de la empresa*, Madrid 1994, págs. 288 y 355).

³¹ Las cuasi-rentas pueden definirse como la diferencia de ganancias entre la actividad actual y la mejor alternativa posible o, dicho de otro modo, las ganancias que se pierden por salir de una determinada industria o actividad (v. P. MILGROM y J. ROBERTS, *Economía, organización y gestión de empresas*, trad. esp., Barcelona 1993, págs. 316-317). En realidad, la estructura de todos los mecanismos contractuales de garantía del cumplimiento en casos de asimetrías de información se reconduce a la creación de corrientes de cuasi-rentas. Nosotros hemos tenido oportunidad de estudiar estos mecanismos en relación al modo de asegurar las contrataciones de los Notarios (v. C. PAZ-ARES, *El sistema notarial tras la reforma económica*, Madrid 1995, págs. 72 y ss.) y los árbitros (v. C. PAZ-ARES, *La ley, el mercado y la independencia del árbitro*, Madrid 1996, págs. 33 ss., 61 ss.).

³² V. KLEIN, *Journal of Corporate Finance* 2 (1992), págs. 17-22.

³³ V. infra nt. 36.

que fijan inversiones específicas y las cláusulas que establecen restricciones verticales a la competencia. Como es sabido, los contratos de franquicia y concesión exigen *inversiones de entrada* para ajustar el establecimiento al diseño de la marca y para dotarlo del equipo de capital necesario. Pues bien, en la medida en que son específicas (o idiosincráticas a la relación), estas inversiones generan cuasi-rentas, pues fuera del contrato tendrían un aprovechamiento menor.³⁴ También es sabido que los contratos de franquicia y de concesión contienen *restricciones verticales* (exclusivas territoriales, precios impuestos, licencias de intangibles, etc.). La lógica de todas ellas es precisamente crear otra fuente de cuasi-rentas –sin duda la más importante– mediante la transferencia al distribuidor de una parte de las ganancias sobrecompetitivas que obtiene el principal a causa de su poder de mercado y de la reputación de su marca.³⁵ Obviamente, ambas políticas –disminución de V_i e incremento de V_{cr} – están correlacionadas inversamente, pues a medida que se extreman las medidas de control y se reduce el valor esperado del incumplimiento, el volumen de cuasi-rentas necesario para incentivar el cumplimiento va siendo menor. Dada esa relación de sustituibilidad, hay que pensar que se invertirá en control hasta el punto en que su producto marginal iguale el que proporcionan las cuasi-rentas.³⁶

Naturalmente, el valor de las cuasi-rentas es importante en la medida en que puedan ser perdidas. De lo contrario, carecen de fuerza disciplinante. Esto es lo que queríamos decir más arriba cuando afirmábamos que la eficacia del mecanismo no depende solo del valor de las cuasi-rentas, sino también del *valor de la amenaza de perderlas*. Y de este modo llegamos al núcleo del asunto, porque el dispositivo contractual de que puede echarse mano para lograr este último propósito se articula justamente a través de las cláusulas de terminación *ad nutum*. Este es, en efecto, el único cauce disponible para dotar de credibilidad a la amenaza de perder las cuasi-rentas en caso de incumplimiento. Sin él, la ingeniería del mecanismo queda arruinada.³⁷ Quedamos así en condiciones de comprender la grave perturbación que

³⁴ En este sentido puede explicarse algunas pautas contractuales y, en particular, la parte del arrendamiento del local de negocios. Es frecuente, sobre todo en las franquicias importantes, que el franquiciador adquiera la propiedad del inmueble y que se lo alquile al franquiciado (pero el franquiciado también comenta a registrarse en las concesiones de nuestro país según informa la prensa v., *El País* 3-XI-1996, pág. 36). El objetivo perseguido es aumentar las cuasi-rentas: el contrato de arrendamiento crea una situación que puede obligar al franquiciado a mudarse cuando termine el contrato de franquicia y, por tanto, puede imponerle una pérdida de capital igual al importe de sus inversiones iniciales no reembolsables. He de indicar, no obstante, que la técnica de crear cuasi-rentas a través de inversiones específicas no es siempre la más idónea, puesto que mientras no haya pasado un plazo razonable para amortizarlas su eficacia contractual queda reducida a causa de la obligación del principal derivada de la buena fe de no terminar el contrato durante ese tiempo (v., *infra* 12).

³⁵ El tema es desarrollado en el ya citado estudio de B. KLEIN y K.M. MURPHY, *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, *J. Law & Econ.* 31 (1988), págs. 265 ss. La literatura posterior ha acreditado empíricamente esta importante función de las restricciones verticales comprobando la existencia de abusivas cuasi-rentas en los supuestos analizados: v., P.P. KAUFMANN y P. LAFONTAINE, *Costs of Contract: The Source of Economic Benefits for McDonald's Franchisees*, *J. Law & Econ.* 37 (1994), págs. 417 y ss.; MICHAEL y MOORE, *Journal of Corporate Finance* 2 (1995), págs. 133 y ss.

³⁶ Esta observación se justifica desde el punto de vista de la teoría económica de las sanciones. La eficacia disuasoria se basa en su coste esperado, que está en función tanto del volumen de la sanción como de la probabilidad de su imposición (según la clásica formulación de G.S. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, en *J. Pol. Econ.* 76 (1968), págs. 169 y ss.; reproducido en G.S. BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago 1976, reimp. 1992, págs. 35 y ss.). Como cualquiera de estas dos variables tiene costes para aumentar el volumen de la sanción, el principal tiene que *crear más cuasi-rentas* (para aumentar la probabilidad de su imposición) o *hacer mayores inversiones en detección*, se basará el *cost-benefit* que en cada caso resulte óptimo.

³⁷ El tema es bien conocido en la literatura económica sobre el *enforcement* (v., por ej. RUBIN, *J. Law & Econ.* 21 (1978), págs. 226-237; MATHEWSON y WINTER, *J. Law & Econ.* 28 (1985), págs. 518; etc.). Lo que aquí ha permitido clarificar, así como fundamentar los estudios de Benjamin Klein, es que es el contrato el que a

introducen en el buen funcionamiento de los contratos de distribución las tesis doctrinales y jurisprudenciales que pretenden establecer una justa causa para la denuncia o que pretenden conceder al distribuidor cesante una indemnización por clientela. Presupuesto que el problema radica en el control del incumplimiento latente, las restricciones de la libertad de terminar que postulan esas doctrinas reducen drásticamente la probabilidad de perder las cuasi-rentas y, por tanto, minan ya de antemano el incentivo para el cumplimiento en los términos de calidad y cantidad contractualmente sobreentendidos. La cuestión no deja margen para la duda: si se exige justa causa y esta no logra acreditarse, el principal que decida terminar el contrato se verá obligado a indemnizar al distribuidor el interés positivo, que equivale justamente al valor de la corriente de cuasi-rentas (obsérvese que el daño sufrido por el distribuidor es igual a la diferencia de valor entre lo que esperaba ganar y lo que razonablemente –en función del deber de mitigar el daño– puede ganar en otra ocupación del mercado)²⁶. Otro tanto puede decirse respecto de la indemnización por clientela. Si no logra acreditarse el incumplimiento del distribuidor habrá que satisfacerle esa indemnización, que aún cuando ciertamente no coincide al céntimo con el valor de las cuasi-rentas, representa una porción importante de él, máxime si se siguen ciertas propuestas doctrinales de calcularla atendiendo a la capitalización de beneficios.²⁷ Por todo lo cual, cabe concluir que estas doctrinas, en la medida en que reducen sustancialmente el valor de la sanción potencial (o, si se prefiere, en la medida en que incrementan sustancialmente el valor del incumplimiento latente sumando a las ganancias a corto plazo las indemnizaciones por incumplimiento o por clientela que se lleva el distribuidor), hacen que el automatismo del dispositivo de *self-enforcement* sobre el que se asienta la eficiencia de los contratos de distribución se resquebraje.

7. Las falacias de la irrelevancia y de la unilateralidad en la creación y distribución del excedente

De acuerdo con la explicación suministrada en el apartado que precede, las cláusulas de terminación *ad nutum* constituyen una pieza esencial de los mecanismos necesarios para reducir los costes de transacción de los contratos de distribución. La teoría nos permite predecir que, estando las demás cosas iguales, habrá más contratos de concesión y franquicia y menos integración vertical o distribución independiente con cláusulas *ad nutum* que sin ellas. La predicción anterior equivale a afirmar que las cláusulas *ad nutum* incrementan el excedente contractual –las ganancias que quedan disponibles para las partes. Una visión superficial del problema permitiría objetar este planteamiento aduciendo que tales cláusulas o bien son irrelevantes (en el fondo, que no incrementan el excedente) o bien son unilaterales (en el fondo, que el incremento del excedente que provocan tiene lugar a costa del distribuidor, que no solo no participa de ese incremento, sino que se ve perjudicado por las cláusulas), pero ninguna de esas objeciones resiste mínimamente la crítica, según veremos a continuación.

través de sus distintas cláusulas diseña el mecanismo de *self-enforcement*. Lo cual quiere decir que el contrato explícito no solo tiene una función directa de gobernar el incumplimiento latente, sino la función indirecta de estructurar el mecanismo autoejecutivo que sirve para gobernar el incumplimiento latente (esto planteamiento está desarrollado en otro estudio que hemos tenido ya oportunidad de citar: v. en B. KLEIN, *Contracts and Incentives: the Role of Contract Terms in Assuring Performance*, in L. WERRY y H. WIKANOW (eds.), *Contract Economics*, Oxford-Cambridge (Mass.), 1992, págs. 149 y ss., esp. 150-16.

²⁶ El valor de las cuasi-rentas coincide es *definitive* con esa diferencia (v. supra, al. 31).

²⁷ V. en especial, ECHEBARRÍA, *Contratos de franquicia*, págs. 555-573.

La *objeción de la irrelevancia* parte de la premisa de que la magnitud del riesgo de incumplimiento latente del distribuidor puede ser anticipado y de que, consecuentemente, al principal le es indiferente evitar el riesgo mediante la cláusula *ad nutum* o asumirlo a cambio de una menor contraprestación del distribuidor (vía *royalties* más elevados, márgenes de reventa inferiores, exclusivas territoriales más reducidas, etc.)⁴⁸. El argumento ciertamente no carece de sentido: por ejemplo, si el dueño de unos grandes almacenes prevé que por término medio los dependientes le escamotean un 10% del tiempo contratado, quizá le sea lo mismo combatir ese riesgo que asumirlo pagándoles un salario un 10% inferior (el problema lo resolverá contratando, por el mismo coste, once dependientes en lugar de diez). Sin embargo, en nuestro caso –y en muchos otros de la vida real–, no es posible aplicar una solución matemáticamente tan elegante debido, de un lado, a la muy imperfecta sustituibilidad entre la calidad y la cantidad de las prestaciones de los distribuidores⁴⁹ y, de otro, a la asimetría existente entre el beneficio que obtiene el distribuidor de la menor disciplina a que se ve sometido sin la presión de la cláusula *ad nutum* y el coste que ello le ocasiona al principal. Pues siendo el primero indudablemente mayor que el segundo, el descuento que está dispuesto a aceptar el distribuidor por librarse de la cláusula *ad nutum* nunca será suficiente para compensar al principal del mayor potencial de oportunismo a que queda expuesto. La cláusula *ad nutum* y el mecanismo de *self-enforcement* del que forma parte esencial no pueden considerarse por ello irrelevantes o indiferentes. En términos netos, incrementan el excedente contractual.

La *objeción de la unilateralidad* no pone en cuestión la relevancia de la cláusula *ad nutum*; antes bien, la presupone. Simplemente afirma que es una cláusula unilateral por entender que su impacto sobre las partes se reparte desigualmente: el beneficio se queda todo en casa del principal y los costes se proyectan solo sobre los distribuidores, que se ven sometidos así a una mayor inestabilidad. El argumento, a pesar de hallarse bastante generalizado, no parece en absoluto exacto: en primer lugar, porque en muchas ocasiones las cláusulas *ad nutum* no comportan un perjuicio directo para el distribuidor y, en segundo lugar, porque cuando es así, ha de estimarse que el perjuicio está contratado o compensado. Ambas razones pueden contrastarse reexaminando el doble riesgo de incumplimiento –reducción de calidad (externalidades) y reducción de esfuerzo (marginalización)– que tratan de aplacar o atenuar las cláusulas *ad nutum*.

Las ocasiones en que tales cláusulas no representan un perjuicio directo para el distribuidor pueden ejemplificarse con relación al problema de las externalidades. Imaginemos que el dueño de una franquicia de comida rápida, tras haber desarrollado una buena tecnología para prestar el servicio, y una marca muy reputada para venderlo, se cansa del negocio y que, en lugar de seguir alquilando los intangibles –como venía haciendo mediante la concesión de franquicias–, decide venderlos a sus distintos franquiciados asignándoles a cada uno el territorio exclusivo que actualmente detentan. El ejemplo es interesante porque pone de relieve el caso extremo en que la terminación de la franquicia no es posible: cada uno de los antiguos franquiciados ostenta ahora un derecho de propiedad. Pues bien, lo que cabe esperar en este contexto es el resultado típico del dilema del prisionero: cada franquiciado, sustraído

⁴⁸ En fin, bajo estas condiciones puede estimarse incluso que la cláusula *ad nutum* es ineficiente, pues el riesgo por el principal está diversificado entre muchos distribuidores en la realidad, mientras que para el distribuidor está concentrado y, por tanto, lo de pechar con el coste adicional derivado de la cesión al riesgo.

⁴⁹ Cf. B. KLEIN, *Insourcing Versus Outsourcing of "Explic" Contractual Arrangements*, Am. Econ. Rev. 70 (1980), págs. 357-358.

a cualquier clase de control, obrará con independencia de los demás y, por tanto, se sentirá inclinado a reducir la calidad del servicio, pues de este modo puede apropiarse íntegramente del ahorro de costes y desplazar sobre los demás casi íntegramente también el coste reputacional de su política. El final más previsible es que en poco tiempo se arruine la reputación de la marca y, consiguientemente, que todos pierdan. Es muy probable, sin embargo, que viendo acercarse la ruina, los distribuidores traten de reunirse para enderezar la situación. ¿Qué acuerdos cabe esperar que adopten? Williamson lo ha explicado brillantemente. Lo lógico es que decidan contratar a un agente central para que vigile la calidad y cree un dispositivo de penalizaciones que disuadan las conductas oportunistas. Y para lograr ese objetivo, lo más probable es que acaben vendiendo de nuevo al agente central la propiedad de la marca (solo así tendrá este incentivos para desarrollarla centralizadamente) y que retengan una franquicia en régimen de alquiler, previendo –como generalizadamente se observa en estos contratos– la posibilidad de que sea revocada *ad nutum*. Esta escenificación hipotética evidencia que es el conjunto de los distribuidores el que puede beneficiarse del establecimiento de un sistema de control riguroso y permite comprender, cuando nos trasladamos a los escenarios reales, por qué la inclusión en el contrato de cláusulas de terminación *ad nutum* no puede interpretarse a la ligera como el resultado de una política unilateralmente impuesta por los principales en su exclusivo provecho.⁴²

Pero, como decíamos, nuestro argumento no requiere necesariamente que se presente un problema de externalidades. Cuando el problema que acucia es el de la marginalización (de cuyo control solo se beneficia directamente el principal), las cosas no cambian. Es cierto que en estos casos las cláusulas *ad nutum* perjudican a los distribuidores, pero no lo es menos que su perjuicio queda compensado. Para apercibirnos de ello hemos de considerar dos hipótesis: que el distribuidor sea consciente de la mayor exigencia que suponen para él tales cláusulas o que no sea consciente. Si es consciente, la objeción de la unilateralidad se desvanece por sí sola, puesto que el distribuidor solo se avendrá a aceptar un régimen de terminación discrecional si a cambio se le ofrece una posibilidad de ganancia mayor. La lógica de la contratación, basada en las ventajas mutuas del intercambio, no deja espacio para otra suposición. La conclusión es, además, coherente con la racionalidad económica del mecanismo de *self-enforcement*, pues la eficacia disciplinaria de la cláusula *ad nutum* es directamente proporcional a la magnitud de las cuasi-rentas, esto es, del desfase que se cree entre los ingresos proporcionados por el contrato y los ingresos de oportunidad. Si el distribuidor no es consciente o no anticipa correctamente los mayores costes que entrañan para él las cláusulas *ad nutum*, cabe ciertamente que se produzca una imperfección contractual. Pero esta es una cuestión de la que corresponde tratar en los apartados que vienen a continuación.

III. LA FRAGILIDAD DE LA HIPÓTESIS DEL ABUSO

8. Planteamiento: control de ejercicio y control de validez

De las consideraciones realizadas en la sección precedente se desprende que existen razones más que suficientes para pensar que las cláusulas de terminación *ad nutum* son cláusulas perfectamente racionales desde el punto de vista contractual, pues a través de ellas pueden maximizarse las ganancias del intercambio y, por tanto, el bienestar de ambas partes. El razonamiento desenvuelto aporta a mi juicio un

⁴² D.E. WILLIAMSON, *The Mechanisms of Governance*, Oxford-New York, 1996, págs. 64-65.

argumento fundamental para poner en tela de juicio las restricciones de los derechos contractuales de libre terminación desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia en torno a las ideas de justa causa y de indemnización por clientela. Si nuestro análisis es exacto, ya no será tan fácil argüir que las cláusulas de denuncia o no-renovación *ad nutum* son el reflejo de un grave desequilibrio contractual que toca al ordenamiento corregir mediante el reconocimiento de ciertas indemnizaciones a favor del distribuidor. Lo que en apariencia se nos presenta –o quiere presentársenos– como una cláusula leonina, es, en realidad, una cláusula apropiada y hasta exigida por la peculiar estructura de la relación. No obstante, soy consciente de que el argumento no es absolutamente definitivo. Siempre podrá decirse que prueba la eficiencia potencial de las cláusulas, pero que no asegura su eficiencia real, en el sentido de que esta puede verse perturbada por la explotación que realiza una de las partes de su mayor poder contractual. Formulada en estos términos, la observación tal vez tenga algún viso de realidad en el plano del ejercicio de los derechos de terminación *ad nutum* (y a ello haré una referencia más tarde), pero no me parece que acierte en el plano de la configuración de tales derechos, que es el que ahora está en discusión.⁴³ El objetivo de esta sección es precisamente despejar las dudas que puedan subsistir en este plano poniendo de manifiesto la fragilidad de las razones que eventualmente pudieran avalar la hipótesis del abuso y aportando alguna evidencia empírica en ese sentido. A tal fin procuraré demostrar: (1) que el hecho de que la cláusula de terminación *ad nutum* se establezca en condiciones generales, como normalmente acontece, no puede tomarse como indicio de abuso, sino –un tanto paradójicamente– de todo lo contrario; (2) que el hecho de que los distribuidores sean menos sofisticados no quiere decir que subestimen el riesgo que asumen aceptando la cláusula *ad nutum* y que esa subestimación sea explotada por los principales en su beneficio; y (3) que los remedios ideados por la doctrina y la jurisprudencia para paliar los supuestos abusos o corregir las desigualdades contractuales pueden ser, a la postre, contraproducentes, pues es muy probable que, en lugar de reforzar la posición del distribuidor, acaben haciéndola más vulnerable. De este análisis, al que se dedican los siguientes epígrafes, quede fuera la *cuestión social*.⁴⁴

9. Condiciones generales y estandarización contractual

Con harta frecuencia se afirma que las cláusulas de terminación *ad nutum* son impuestas unilateralmente por el principal, pues al hallarse incluidas de antemano en sus condicionados generales, el distribuidor no tiene más opción que tomarlas o dejarlas –desde luego, no puede negociarlas– y, por esta razón, se desconfía de ellas

⁴³ En este aspecto ha de tenerse en cuenta que la concesión al distribuidor de una indemnización por incumplimiento o por clientela no constituye una modulación o moderación temporal o modal del ejercicio de la facultad de denuncia o de no-renovación, sino que directamente implica la desnaturalización de la cláusula *ad nutum*, que se ve así estructuralmente condicionada al pago de ciertas compensaciones.

⁴⁴ Nuestro propósito es demostrar que las doctrinas que exigen justa causa para la terminación o que imponen la obligación de indemnizar la clientela al distribuidor cesante no se justifican desde el punto de vista del derecho privado de la contratación, que ha de ocuparse de preservar que el intercambio se produzca libre de las interferencias que ocasionan las deficiencias volitivas y cognitivas de una parte y del abuso que de ellas puede hacer la contraparte. La cuestión de si aquellos remedios u otros similares se legitiman desde el punto de vista de una política de protección social (como sin duda es la que subyace al art. 201.A, que tiene por objeto arbitrar transferencias desde los que se consideran socialmente aventajados a los que se consideran socialmente desaventajados) es una cuestión “redistributiva”, que, como tal, resulta en buena parte ajena al derecho privado y solo puede solventarse con una decisión legal adoptada en el ámbito político. De los análisis de la literatura jurídica enfocados en esta misma dirección me sigue pareciendo instructivo el que hace veinte años hiciera R. PARDOLISI, *Il contratto di distribuzione*, Napoli, 1978, págs. 309-322.

y se postula su control.⁴⁵ Cuando se apela a este tipo, de argumentos se está apelando, en realidad, a los mismos argumentos que justifican el control de las condiciones generales: el monopolio y la información asimétrica. La explicación del monopolio se halla hoy en descrédito total. Las condiciones generales no se controlan porque el predisponente disfrute de una posición de monopolio que le permita imponer sus condiciones a los que desean obtener la prestación que ofrece. La idea de monopolio es irrelevante, y no porque en la mayor parte de los casos en que se utilizan condiciones generales los oferentes se encuentren sometidos a una vigorosa competencia –así sucede, sin duda, con los fabricantes de automóviles o los franquiciadores de comida rápida, que rivalizan entre sí para captar los mejores distribuidores–, sino porque en los casos en que las condiciones –generales o particulares, poco importa– sean dictadas por un empresario en posición de monopolio, el control no corresponde al derecho de la contratación, sino al derecho *antitrust* a través de la figura del abuso de posición dominante.⁴⁶ En realidad, el problema de las condiciones generales es exclusivamente un problema de *información asimétrica*. Las condiciones generales se controlan porque el adherente ordinariamente no las “visualiza” –el coste de leerlas y entenderlas es muy elevado–, y esta opacidad genera el riesgo de que el predisponente las estructure a su favor. El control tiene por objeto corregir esos abusos y reponer el equilibrio o arreglo contractual que las partes razonablemente habrían establecido en condiciones de información perfecta.⁴⁷

Ahora bien, a la luz de este planteamiento nada indica que las cláusulas de terminación *ad nutum* hayan de someterse a control. No puede ignorarse que los contratos de franquicia y concesión, aunque se celebren mediante formularios predisuestos por el principal, no por ello se convierten en condiciones generales propiamente tales. Es preciso deslindar la noción fáctica de formulario y la noción jurídica de condición general (el primero hace referencia a un modelo predisuesto; la segunda, a la inexistencia de consentimiento efectivo sobre la cláusula).⁴⁸ Y bajo la perspectiva que nos abre esta distinción, no parece aventurado suponer que los contratos de distribución no son condicionados generales, al menos con relación a previsiones tan básicas como las relativas a la terminación. Tales previsiones, en la medida en que típicamente son objeto de examen y resultan consentidas *in integrum*, deben calificarse de condiciones particulares. Es de imaginar, en efecto, que las personas que concertan un contrato de franquicia o de concesión, en los cuales les va mucho de su vida (inversiones importantes, decisiones profesionales cruciales, etc.), analizan con cuidado las cláusulas a las que van a someterse. Nuestra propia experiencia doméstica enseña que en más del 60% de los casos el contrato se celebra con la asistencia o intervención de asesores económicos y legales.⁴⁹ Y esta circunstancia permite suponer que los distribuidores saben perfectamente lo que firman y, consiguientemente, que hay poca ocasión para que el principal explote su déficit informativo dándoles gato por liebre. Alguien podría decirme: ¿Y qué sucede con esa amplia minoría del 40% que toma las condiciones sin asesoramiento? ¿Acaso

⁴⁵ En nuestra literatura jurídica el tema está más agitado que desarrollado. El lector interesado en un tratamiento específico puede consultar el trabajo de J. EKKEINGA, *Grundfragen der AGB-Kontrolle bei Franchise-Verträgen*, AG 1989, págs. 301 y ss.

⁴⁶ El artículo 6.2 a) LDC prohíbe, en particular, “la imposición, de forma directa o indirecta, de precios y otras condiciones comerciales a los socios o franquiciados.”

⁴⁷ Este punto de vista ha sido desarrollado con incertidumbre por J. ALFARO, *Condiciones generales de la contratación*, Madrid 1991, págs. 52 y ss., esp. 71-72.

⁴⁸ *Ibid.* págs. 120 ss.

⁴⁹ V. Exposición XIII-1996, pág. 4.

también puede extenderseles a ellos el argumento? Mi respuesta es resueltamente afirmativa. El hecho de que no se valgan de asesores no significa necesariamente que no “lean” con cuidado el contrato que suscriben. Pero aún suponiendo que no lo hacen, no por ello habría que admitir que son objeto de explotación. La minoría resulta protegida a causa precisa y paradójicamente de la estandarización contractual que introducen las condiciones generales. La razón se comprende sin esfuerzo si tenemos en cuenta que las partes mejor asesoradas y más capacitadas tienen más influencia en la determinación de las condiciones contractuales que las partes menos asesoradas. Y siendo así, el problema se desvanece: la estandarización protege, no perjudica, a la minoría supuestamente menos informada.⁵⁰ Esta observación nos lleva al meollo del asunto, y es que aún cuando las cláusulas *ad nutum* se reputasen condiciones generales en sentido propio, no por ello tendrían que considerarse abusivas. El juicio de abusividad ha de hacerse teniendo en cuenta las necesidades prácticas que tratan de satisfacerse y lo que en un determinado sector de la contratación es habitual y normal. La uniformidad que se observa en la práctica contractual—prácticamente todos los contratos de distribución incluyen cláusulas *ad nutum*—no puede interpretarse producto del abuso o evidencia de colusión. La uniformidad sugiere más bien la existencia de intentos independientes dentro de un entorno competitivo para solventar un problema contractual común de la manera más eficaz.⁵¹

10. ¿Subestimación de riesgos?

Descartada la posibilidad de que el principal pueda prevalerse de la opacidad que distingue la contratación mediante condiciones generales, hemos de analizar ahora otra fuente posible de abuso o explotación: la menor sofisticación de los distribuidores, que les llevaría a subestimar los riesgos que entraña la aceptación de las cláusulas de terminación *ad nutum*.⁵² De acuerdo con esta hipótesis, los distribuidores no son capaces de anticipar correctamente el potencial expropiatorio que lleva anexo un derecho de denuncia o —en menor medida— un derecho de no renovación en manos del principal: obsérvese que mediante la simple amenaza de ponerlos en práctica este puede extraer parte de las rentas esperadas de aquellos (por ej., forzándoles a aceptar menores *royalties*, exclusivas territoriales más reducidas o simplemente integrando en la red propia las unidades más rentables, etc.). La consecuencia sería la existencia de muchos contratos de distribución abusivos y, en definitiva, la existencia de más contratos de distribución de los socialmente deseables. El argumento, formulado en términos económicos, supone que los distribuidores infravaloran el volumen de las cuasi-rentas que serán apropiadas por el principal una vez firmado el contrato y hechas las inversiones. Esta infravaloración determinaría que ajusten sus precios de reserva para reflejar en ellos la pérdida esperada de cuasi-rentas. Bajo estas presuposiciones, los principales usan correctamente la curva de oferta y los distribuidores incorrectamente la suya de demanda, que se situaría más a la derecha de donde tendría que estar si estimasen correctamente el riesgo. El

⁵⁰ Este argumento es desarrollado por R. McAfee y M. Schwartz, *Opportunities in Multilateral Vertical Contracting: Nondiscrimination, Exclusivity, and Uniformity*, Am. Econ. Rev. 84 (1994), págs. 210 y ss.

⁵¹ V. Klein, Am. Econ. Rev. 70 (1980), pág. 362. Tal vez alguien piense que estoy planteando un falso problema porque en nuestro ordenamiento las únicas condiciones generales que se sujetan a control son las que utilizan los consumidores finales (art. 1.º LDCU). Se trataría sin embargo de una objeción infundada, puesto que siempre puede recurrirse a las cláusulas generales para consultar el problema en el tráfico interempresarial (sobre la cuestión v. J. ALFARO, *Condiciones generales*, págs. 180-182).

⁵² En realidad se trata de una prolongación del argumento anterior, sobre que al ser la asimetría relevante la adquisición de la información, sino a su procesamiento. Podría hablarse —como se hecho en una ocasión similar— de asimetría de racionalidad o de cálculo, en el bien entendido de que no sería más que una subespecie de asimetría informativa.

resultado es un volumen subóptimo de contratos de franquicia y distribución. El establecimiento de restricciones a la cláusula *ad nutum* (indemnizaciones por denuncia sin justa causa o indemnizaciones por clientela) reduciría considerablemente el peligro de expropiación y, por tanto, desplazaría la curva de oferta hacia la izquierda. El volumen de franquicias y concesiones tendería entonces a disminuir, y así se ha comprobado que sucede allí donde ha podido compararse estadísticamente la situación antes y después de la entrada en vigor de restricciones indemnizatorias a las cláusulas *ad nutum*.

Lo que no está nada claro, sin embargo, es que esa disminución deba interpretarse como aproximación al volumen de equilibrio. No obstante, antes de valorar la evidencia empírica disponible, conviene señalar que el argumento del abuso es muy débil con carácter general, y ello por varias razones. Primero, porque exagera el potencial expropiatorio del principal ignorando que existen fuerzas de mercado y correctivos del derecho que lo contienen drásticamente, según veremos más adelante con algo de detalle.³³ Segundo, porque exagera la ingenuidad del distribuidor. No se entiende, en efecto, cómo es posible que en sistemas contractuales multilaterales no se comunique la experiencia.³⁴ Adicionalmente ha de observarse que a tales efectos el remedio adecuado no consiste en restringir los derechos de terminación, sino en exigir medidas de *disclosure* en las ofertas de los contratos.³⁵ Tercero, porque, en general, exagera la precariedad de la posición del distribuidor, cuando lo cierto es que su situación es mucho más segura que la de cualquier otro empresario de dimensión semejante que se echa a andar independientemente. Bastará a tal efecto recordar que la tasa de supervivencia de las empresas en el sector de la franquicia (no dispongo de datos sobre las empresas concesionarias) es al menos cuatro veces superior a la que se registra entre las empresas del comercio tradicional: mientras allí sobreviven al menos cinco años el 80% de las empresas, aquí solo lo consiguen el 20% de los comerciantes independientes.³⁶

De ser cierta nuestra conjetura, el hecho de que se reduzca la cantidad de oferta de contratos de distribución bajo un régimen limitativo de la denuncia o no-renovación *ad nutum* no se debe al menor rendimiento que obtienen los principales por yugularseles una fuente sustanciosa de expropiación (como sostienen las tesis proteccionistas del abuso), sino a los mayores costes contractuales en que tienen que incurrir por destruirseles una pieza básica del mecanismo de *self-enforcement*. Esta hipótesis no es fácil de comprobar empíricamente, pero los indicios de las investigaciones disponibles van en esa dirección, ya que permiten imputar al agravamiento de los costes asociados a la reducción de calidad (externalidad) y a la reducción de esfuerzos de venta (marginalización) la caída relativa de unidades franquiciadas o concedidas respecto de las unidades verticalmente integradas (en propiedad). Como recordaba hace un momento, estos estudios han detectado una

³³ V., *infra* 13.

³⁴ En el plano formal habría que recordar también la incompatibilidad de estas suposiciones de racionalidad tan limitado con las presuposiciones generales de racionalidad con que se ha configurado el derecho mercantil, que son precisamente —como decía Max Weber— las de un sujeto que hace “cálculo de capital” (el empresario).

³⁵ Como es frecuente en la legislación norteamericana que normalmente se obliga al principal a revelar a los candidatos a distribuidores los tipos de terminación o de no renovación que se registran en su empresa. Las medidas de *disclosure* han sido introducidas recientemente en nuestra legislación en relación a la franquicia (v., art. 62.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996).

³⁶ Los datos salen de un informe elaborado por Santiago Barbadillo en colaboración con Cijis Madrid, del que afirma Exposición 9-XII-1996, pág. 4. Los datos sobre porcentaje de fracasos anual de la franquicia que ofrece *El País* —en torno al 30— permiten un juicio aún más optimista (v., *El País*, suplemento, *Los negocios* 15-XII-1996, pág. 37).

caída significativa de las unidades franquiciadas respecto de las unidades en propiedad a raíz de la introducción en ciertos Estados norteamericanos de leyes que imperativamente obligan a indemnizar a los distribuidores en caso de que la terminación no se deba a una justa causa (*good cause*). En principio este resultado es tan compatible con la hipótesis de eficiencia como con la hipótesis del abuso. Sin embargo, cuando se examinan más de cerca los datos y las cifras, lo que se observa es que la caída de unidades franquiciadas no se registra con la misma intensidad en todas las industrias o tipos de franquicias (como sugería la hipótesis del abuso o la hipótesis proteccionista), sino solo en aquellas donde existe mayor movilidad del consumidor y, por tanto, menor internalización del desgaste reputacional que implica la reducción de calidad. Y esto apoya claramente el argumento de la eficiencia, pues pone de relieve que la libre denuncia es un mecanismo importante para asegurar la calidad y evitar las externalidades horizontales.²⁷ Con relación al problema de la reducción de esfuerzos de ventas (marginalización), también hay algunos datos que hablan en el mismo sentido. Me refiero a un estudio de casos reciente en el que se comparó el volumen de gasolina vendida por estaciones de servicio el año antes y el año después de la promulgación de una Ley restrictiva en el Estado de Virginia: el resultado es que caía el volumen de ventas en torno al 86% en las estaciones de servicio franquiciadas, mientras que en las de propiedad se mantenían las cifras anteriores, lo cual puede interpretarse como un agravamiento del problema de la marginalización.²⁸

11. La paradoja de la inestabilidad

Finalmente he de indicar que los movimientos doctrinales y jurisprudenciales encaminados a configurar restricciones indemnizatorias a los derechos de libre terminación contractualmente pactados corren el riesgo, si se me permite la expresión, de que el tiro les salga por la culata. El propósito que persiguen al exigir justa causa para la denuncia o no renovación o al imponer en tales casos la obligación de indemnizar la clientela es naturalmente el de favorecer la estabilidad del distribuidor. En la medida en que encarecen de modo sustancial la terminación de la relación, esperan que disminuya el número de decisiones de resolución o de no-renovación. Sin embargo, y por paradójico que pueda parecer, el efecto que inducen es justo el contrario: elevar la vulnerabilidad de la posición del distribuidor. Efectivamente, la experiencia demuestra que la tasa de terminación de los contratos de franquicia y concesión es menor y el nivel medio de su duración, mayor en aquellos ordenamientos en que rige íntegramente el principio de libre terminación que en aquellos otros en que este se halla sometido a limitaciones o restricciones. El estudio empírico de mayor envergadura se ha realizado recientemente en los Estados Unidos, un país que ofrece un banco de pruebas excepcional porque permite observar los comportamientos de los mismos fabricantes en los diversos esconchos, es decir, en los Estados que no ponen trabas a la terminación *ad nutum* y en los Estados que la

²⁷ Este es, en síntesis, el resultado del estudio de J.A. BRICKLEY, F.H. DARK y M.S. WEISBACH, *The Economic Effects of Franchise Termination Laws*, *J. Law & Econ.* 34 (1991), págs. 101 ss., esp. 126-130. El estudio es interesante porque analiza además el impacto de las restricciones legales de terminación sobre las contrataciones banales de las empresas principales y detecta rendimientos negativos anormales, suscitándose de nuevo el problema de si se deben a la ineficiencia de la medida o a su carácter redistributivo; y, también, específicamente conato en los concesionarios de automóviles, R.L. SMITH, *Franchise Regulation: An Economic Analysis of State Restrictions on Automobile Distributors*, *J. Law & Econ.* 25 (1982), págs. 125 y ss., cuyos resultados favorecen asimismo las tesis que aquí se defienden.

²⁸ V. J.H. BEALES y T.J. MURIS, *The Foundations of Franchise Regulation: Issues and Evidence*, *Journal of Corporate Finance* 2 (1995), págs. 187-196. He de aclarar que la restricción legislativa analizada no es propiamente una restricción de la terminación, sino de la operación, pero es obvio que a nuestros propósitos porque impide terminar los contratos por incumplimiento de normas que exigen mayores esfuerzos de ventas.

supeditan a ciertas indemnizaciones (catorce). Pues bien, calculada la tasa media de determinación de todos los contratos de franquicia y concesión entre los años 1976 y 1986 en los distintos Estados y en los distintos sectores de la industria –aproximadamente el 11% anual–, se ha comprobado que esa media experimenta notables variaciones cuando es desglosada, resultando en términos estadísticamente significativos –es decir, en términos que técnicamente permiten afirmar la existencia de una correlación causal– que es considerablemente superior en los Estados con legislaciones que establecen restricciones a la resolución o no-renovación *ad nutum* que en los Estados que no disponen de legislación específica.⁵⁹

La razón que explica esta singular constatación parece hallarse en los incentivos perversos que generan los ordenamientos restrictivos al tratar desigualmente las decisiones de resolución o de no-renovación debidas a incumplimiento del distribuidor y las decisiones de resolución o de no-renovación debidas a la simple voluntad del principal. Dado que solo en el primer caso se exige a los principales de la obligación de indemnizar a los distribuidores, se crea un poderoso incentivo para resolver o no renovar ante el primer indicio de incumplimiento. Dicho de otro modo, cuando la relación puede resolverse o no renovarse *ad nutum* sin el temor de tener que pagar alguna compensación al distribuidor, es más probable que el principal se muestre más tolerante con los distribuidores que ofrecen un rendimiento pobre y que esté más dispuesto a concederles una segunda oportunidad, puesto que en todo caso sabe que si no enderezan la situación puede separarlos de la red de distribución sin coste adicional. Esto explica que los principales, aunque tengan una justa causa para resolver, sean más indulgentes.⁶⁰ Los incentivos se modifican radicalmente en la hipótesis contraria. En efecto, si el principal sabe que más tarde no podrá denunciar el contrato sin coste más que en la hipótesis de que logre probar un nuevo incumplimiento de la contraparte (lo cual resulta muchas veces difícil porque gran parte de los incumplimientos son latentes, no verificables fácilmente ante terceros), es probable que se sienta inclinado a hacerlo a la primera de cambio, pues solo así puede evitar el riesgo de no poder hacerlo en el futuro.⁶¹ Las restricciones a la terminación crean así una situación insatisfactoria para todos: para el distribuidor, porque eleva la probabilidad de que sea separado de la red prematuramente; para el principal, porque le obliga a adoptar soluciones costosas que alternativamente no habría adoptado. El resultado es que el conjunto de los interesados –y, muy especialmente, el conjunto de los distribuidores– sale perdiendo. El caso bien puede considerarse paradigmático de lo que yo denominaría el dilema del apresurado, un dilema que al igual que otros más conocidos en la teoría de juegos conduce también a resultados socialmente subóptimos. La posibilidad de perder en el futuro obliga en el presente a adoptar decisiones ineficientes.

⁵⁹ El estudio a que me refiero es el ya citado de BEALES y MURIS, *Journal of Corporate Finance* 2 (1995), págs. 157 y ss., esp. 178 (datos sobre tasa de denuncia) y 181 (datos sobre tasa de no renovación).

⁶⁰ Hay que recordar además que, incluso desde el punto de vista estricto de la eficiencia, la indulgencia es frecuentemente una estrategia superior a la estrategia mecánica del "ojo por ojo" o *tit for tat* (c. A. K. DIXIT y B. J. NALEBUF, *Power and persuasion*, trad. esp., Barcelona 1993), págs. 126-128). Agradezco a Miguel Vergés, el haber llamado mi atención sobre este estudio.

⁶¹ Adicionalmente he de advertir en esta ocasión que, como dicen Beales y Muris, "...a franchisee who fails to terminate a non-performing franchise when the opportunity arises will find it harder subsequently to terminate such a franchise for better performance problems. After all, the franchisee can argue that the failure to terminate the first time demonstrates that the performance problem was not the main motivation for the subsequent termination decision." (BEALES y MURIS, *Journal of Corporate Finance* 2 (1995), pág. 169-170).

IV. EL CONTROL DEL OPORTUNISMO DEL PRINCIPAL

12. Las exigencias de la buena fe

Las consideraciones que hemos venido desarrollando a lo largo de las páginas anteriores han puesto de manifiesto la inoportunidad de alterar o corregir la configuración de los derechos de terminación *ad nutum* contractualmente establecidos mediante la exigencia de justa causa o la imposición de una indemnización por clientela. Pero ello no quiere decir que el ejercicio de tales derechos haya de quedar franco de cualquier control. El ejercicio de los derechos de terminación, como el ejercicio de cualesquiera otros derechos, tiene que arreglarse a las exigencias de la buena fe (art. 71 CC), y, tratándose de una materia contractual, estas han de definirse o modularse atendiendo a la voluntad presumible de las partes (art. 1258 CC).⁴² En este sentido es de observar que cuando las partes suscriben el contrato de distribución y acuerdan pretrecharlo con una cláusula de terminación *ad nutum*, el objetivo que persiguen no es propiamente conceder al principal una patente de corso para que pueda dar rienda suelta a sus caprichos con total ignorancia de los intereses del distribuidor. El objetivo es simplemente habilitarle para que pueda poner fin a la relación con facilidad, en el bien entendido de que solo podrá hacer uso de su derecho observando ciertas máximas de conducta, cuyo desconocimiento entrañaría un riesgo excesivo para el distribuidor (es decir, un coste mayor que el beneficio que reporta al principal el mayor valor disciplinario de la amenaza). Esas máximas de conducta –en ocasiones expresadas, pero siempre o casi siempre presupuestas– coinciden en sus aspectos básicos con las que tradicionalmente se han identificado en el seno de los contratos de duración al amparo de la cláusula general de buena fe (puede servir como modelo positivo de regulación el art. 1706 CC)⁴³. De los deberes contractuales a que dan lugar en el seno de los contratos de distribución, algunos se encuentran bastante elaborados en la literatura y en la jurisprudencia y, por esta razón, no son muy problemáticos. Me refiero al *deber de confianza* (que obliga al principal a no denunciar el contrato antes de que haya transcurrido el plazo que razonablemente necesita el distribuidor para amortizar las inversiones que realizó confiando en la duración del contrato)⁴⁴; al *deber de promesa* (que obliga al principal a no denunciar la relación sin

⁴² La buena fe *in observantia* no puede separarse de la buena fe *in iudicio* (sobre la cuestión v., desde el punto de vista del análisis de los contratos incomplejos, F. H. EASTERBROOK y D. FISCHEL, *Contractual Fiduciary Duty*, J. Law & Econ. 36 [1993], págs. 425 y ss.).

⁴³ Para una primera aproximación v., C. PAZ-ARES en C. PAZ-ARES, L. DÍAZ-PICAZO, B. BARRONIA y P. SÁNCHEZ (eds.), *Comentario del Código Civil*, Madrid 1991, II, págs. 1509-1512, cuya definición de los límites impuestos por la buena fe a la denuncia *ad nutum* ha sido en buena parte acogida por la doctrina STS 27-1-1997.

⁴⁴ Este deber, que en última instancia echa sus raíces en la prohibición de venir contra los actos propios, no ha tenido ocasión de quedar reflejado muchas veces en resoluciones judiciales (v., no obstante, STS 24-II-1993 [Ar. 1298]), pero ha sido muy elaborado por la doctrina (v., a título simplemente ejemplificativo, E. GALLIGO, *La jurisprudencia*, págs. 116-118; UCHIBARRÍA, *Comentarios de jurisprudencia*, págs. 455-473 y, algo menos preciso, DOMÍNGUEZ, *RFJM* 177 [1985], págs. 460-463). Legalmente, se halla consagrado ahora en el art. 29 LA, que guarda cierto paralelismo con algunos preceptos “relativos” de nuestro derecho de la contratación (por ej., v., art. 1594 CC). Así, cuando no es ese el momento de detenerse en su estudio, parece convenientemente indicar que el alcance del deber de confianza es más restringido del que genéricamente se le atribuye. En mi opinión, hay que introducir dos restricciones. La primera es que el plazo razonable durante el cual la facultad de denuncia *ad nutum* queda suspendida (y es así como es una facultad de denuncia por justa causa) no ha de calcularse en función del periodo de amortización de todas las inversiones, sino solamente de las inversiones específicas o, para decirlo con más exactitud, de la fracción de especificidad que presentan las inversiones realizadas por el principal, pues solo en esa medida se repugnan pérdidas contrarias a la confianza. En relación a las inversiones de tipo general, no hay propiamente pérdida, ya que estas podrán ser reconvertidas en otros destinos, sea directa o indirectamente (mediante la amortización). La segunda restricción es que ese plazo no ha de calcularse en función del tiempo que es necesario concederle para que se gane oportunidad razonable de amortizarlas. En todo caso, únicamente

haber anunciado su propósito con una antelación prudencial a fin de que el distribuidor pueda dar salida al circulante y tomar las correspondientes decisiones de ajuste);⁶⁵ y al *deber de colaborar en la liquidación* (que obliga al principal a ciertas conductas activas caracterizadas por su escaso coste para él y enorme beneficio para el distribuidor: recompra del stock sobrante, favorecimiento de la transmisión, etc.).⁶⁶ Otros, en cambio, son foco aún de notables controversias y ni siquiera tienen un nombre homologado. Me refiero sobre todo al deber de no actuar de forma arbitraria que, por las razones que se dirán, estimo preferible denominar *deber de no expropiación*.⁶⁷ Parafraseando el artículo 1706 I del Código Civil, podría formularse en los siguientes términos: “*Es de mala fe la denuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser del otro*”.⁶⁸ Sobre él quisiera detenerme un momento, ya que en cierto modo sirve de contrapunto a las tesis centrales de este trabajo.

13. Principio de no expropiación y *exceptio doli*

En mi opinión, es obvio que sobre el principal pesa un deber de no expropiar, es decir, un deber de no utilizar la cláusula de terminación *ad mutuum* para extraer rentas que contractualmente pertenecen al distribuidor. No es dudoso en este sentido que resulta ilegítimo hacer uso de la facultad de terminación *ad mutuum* para apropiarse de las unidades más rentables (que lo son precisamente a fuerza del buen trabajo desempeñado por el distribuidor) o amenazar con hacer uso de ella para obtener modificaciones favorables del contrato (por ej., la reducción territorial de la exclusiva concedida,⁶⁹ la elevación de las *royalties* o de las inversiones publicitarias inicialmente acordadas, etc.)⁷⁰. Prácticas de esta naturaleza constituyen una infracción del programa contractual implícito, pues lógicamente hay que suponer que cuando las partes conciertan el contrato excluyen las conductas oportunistas. No es fácil imaginar, en efecto, que alguien preste su consentimiento a la expoliación.⁷¹ Ahora bien, si se admite que en el momento de contratar las partes presuponen que la relación no puede ser

son indemnizables las inversiones que hayan sido inducidas por el principal, no las voluntariamente decididas por el distribuidor. Las compañías creadas de asereno (tanto reconociendo la voluntariedad de ciertas inversiones y dadas estrategias que ocasionalmente registran la práctica del sector) pueden neutralizarse fácilmente examinando las inversiones normalmente realizadas por otros distribuidores de la misma red.

⁶⁵ La jurisprudencia lo ha reconocido desde antiguo v., por ej., STS 30-VI-1953 (Ar. 3340); STS 27-II-1989 (Ar. 1402); STS 22-II-1988 (Ar. 2224); STS 3-VII-1986 (Ar. 4408); etc. En doctrina, el tratamiento más detallado lo ofrece ECHEBARRIA, *Contratos de franquicia*, págs. 455 ss. Desde el punto de vista positivo, el deber de preaviso se halla ahora expresamente regulado en los arts. 25 y 26 LA, que en términos generales pueden extenderse por analogía a los contratos de distribución de que nos ocupamos (v. PAZ-ARES, La Ley 4366 [11-IV-1997], pág. 4).

⁶⁶ Naturalmente estos deberes activos están sujetos a la concurrencia de ciertas circunstancias que ahora no es el caso de especificar. La literatura se ha ocupado con algún detalle del deber de recompra del stock sobrante (v., por ej., GALLEGO, *La franquicia*, págs. 118-119; DOMÍNGUEZ, RDM 177 [1985], págs. 468-471; etc.) no así en cambio del deber de favorecimiento de la transmisión, que obliga al principal a dar su *póver* al traspaso cuando el potencial adquirente reúna razonablemente las condiciones que viene exigiendo para sus franquiciados o concesionarios.

⁶⁷ Alguna referencia en J. ALPARO, *Franquicias*, Enciclopedia Jurídica Básica Civilista, Madrid 1996, II, pág. 3154 y GALLEGO, *Franquicia*, pág. 110.

⁶⁸ V. también art. 20 II C de C.

⁶⁹ Un caso ilustrativo lo proporciona la SAP Valencia 204-1992 (RGD 572 [1992], págs. 4661-4665).

⁷⁰ Sobre el problema de la renovación contractual ligado esencialmente a la explotación de la situación de monopolio bilateral en que se encuentran las partes, v. con carácter general en nuestra literatura, PAZ-ARES, Estudios Bissona, III, págs. 2866-2870.

⁷¹ Para un análisis de esta cuestión en el plano de la integración contractual, encaminada a descubrir la voluntad hipotética de las partes con la ayuda del análisis económico del derecho, v. T. J. MURPHY, *Appropriate Behavior and the Law of Contract*, *Mini L. Rev.* 65 (1981), págs. 521 y ss.

terminada con fines expropiatorios, ha de admitirse también que en ese momento las partes hacen una determinada delimitación de los derechos, pues obviamente solo cabe hablar de expropiación si antes se han atribuido los derechos que más tarde pueden ser expropiados y así es, en efecto. A mi entender la delimitación de los derechos del distribuidor a la estabilidad del contrato se asienta sobre el principio de interdicción de la arbitrariedad. En realidad, las partes prestan su consentimiento a la cláusula *ad nutum* en el bien entendido de que contrato solo podrá terminarse cuando el principal tenga una razón justificada para hacerlo (cuando aparezcan necesidades tecnológicas o estratégicas que aconsejen reorganizar la red de distribución o cuando las prestaciones o rendimientos del distribuidor no estén a la altura de las expectativas comúnmente formadas al tiempo de contratar: incumplimiento latente). En este sentido no nos duele reconocer que el acuerdo *implícito* es un acuerdo de terminación por justa causa. El problema surge precisamente porque el acuerdo *explícito* es un acuerdo de libre terminación. En consecuencia, la determinación del contenido de los deberes de buena fe ha de resolverse interpretando correctamente este desajuste o desarreglo entre el contrato implícito y el contrato explícito, lo cual plantea un difícil problema de cálculo contractual.

Las soluciones que podemos imaginar son de dos tipos: o bien una solución de compromiso o bien una solución de separación. Las tendencias más acusadas en la doctrina van en la primera dirección. De acuerdo con ellas, si bien no puede supeditarse el ejercicio de la facultad de denuncia a la concurrencia de una justa causa en el sentido fuerte que tiene esta exigencia en la denuncia extraordinaria, cabe en cambio condicionarlo a la concurrencia de una razón simplemente justificada. La consideración de fondo es que no puede quedar al mero arbitrio de una parte la disolución de un vínculo que por sí sola acarrea daño para la otra parte. En este sentido se afirma que vulnera la buena fe cualquier decisión de terminación que no obedezca a un motivo razonable, debiendo valorarse la solidez del motivo en función del daño que pueda infligirse al distribuidor, de suerte que a medida que la cuantía de este se eleve habrá que elevar las exigencias respecto de aquel.²² Entiendo, sin embargo, que esta solución de compromiso no puede prevalecer: no se corresponde con la voluntad (hipotética) de las partes. Lo que típicamente pactan –mejor dicho, sobreentienden– las partes es más bien una solución de separación. Lo característico de esta solución es que no pretende tender un puente o forzar una transacción entre el contrato implícito (justa causa) y el contrato explícito (*ad nutum*), sino lograr un mayor aislamiento entre sus respectivas estructuras de gobierno o salvaguardia. Los deberes de buena fe han de perfilarse precisamente en el margen que deje esa separación, es decir, en el margen en que sean compatibles con los objetivos buscados con esa separación. A continuación, desarrollo esta hipótesis en tres fases: (1) primero, muestro la dificultad de compaginar las soluciones convencionales con la racionalidad económica de la cláusula *ad nutum*; (2) después, identifico el mecanismo de salvaguardia extrajurídico de los derechos que concede al distribuidor el contrato implícito; y, (3) finalmente –a la vista de las consideraciones anteriores– procuro definir el contenido *justiciable* de los deberes que impone la buena fe.

a) El análisis efectuado en la segunda parte del trabajo revela que las cláusulas de terminación *ad nutum* se explican únicamente en función de los elevados costes de información presentes en los contratos incompletos. En un mundo de información

²² Esta es la formulación clásica de P. ULMER, *Das Vertragsverhältnis*, München 1969, págs. 467-468. En nuestra doctrina no he sido expresado esta doctrina con precisión, aunque creo que está subyacente en muchos tratamientos doctrinales y jurisprudenciales. Puede ser ilustrativo, en la literatura más reciente, el que ofrece ECHEBARRÍA, *Comentarios de jurisprudencia*, págs. 474-477 (ver más indicaciones).

perfecta -sin asimetrías de información- las cláusulas *ad nutum* carecerían de sentido. Las partes convendrían explícitamente un sistema de terminación con justa causa. Pero en un mundo de información imperfecta, las cosas cambian sustancialmente. Los costes de información compelen a las partes a estructurar un mecanismo de *self-enforcement* para controlar el incumplimiento latente o no verificable. Pues bien, lo que ahora urge subrayar es que la eficacia de ese mecanismo se vería prácticamente destruida si cada decisión de terminación hubiese de ser sometida a revisión judicial, pues en muchos casos no sería fácil probar el incumplimiento - la reducción de calidad o la reducción de cantidad -, debido precisamente a su carácter latente, a producirse en el ámbito de inobservancia del contrato. Es precisamente ese riesgo expulsado por la puerta con la cláusula de terminación *ad nutum* el que se reintroduce por la ventana con las soluciones intermedias o de compromiso, que indefectiblemente incentivan a los distribuidores que se han visto perjudicados por la terminación a acudir a los Tribunales.⁷³ En resumen: la inclusión de una cláusula *ad nutum* en el contrato expresa la prioridad que otorgan las partes a la *celeritas* sobre la *subtilitas*. Las partes quieren asegurarse de la inapelabilidad de sus decisiones de terminación, y este objetivo se pone en entredicho cuando se abre el camino de la judicialización.

b) ¿Quiere ello decir que el distribuidor queda a la intemperie, sujeto a cualquier capricho o veleidad del principal? ¿No conduce acaso este razonamiento a privar de cualquier protección frente al riesgo de expropiación de los derechos que se le reconocen en el contrato implícito? La respuesta, en mi opinión, es negativa. Si el distribuidor acepta la cláusula *ad nutum* es porque de antemano sabe que el acuerdo implícito se halla en buena medida salvaguardado por las existencias de mecanismos extrajurídicos que también sirven para disciplinar al principal y reducir el riesgo de que actúe de manera oportunista en el ejercicio de sus facultades de terminación. Es más, el mecanismo de *self-enforcement* estructurado por la cláusula *ad nutum* solo puede funcionar si por parte del principal se asumen compromisos creíbles de que el distribuidor honesto y diligente percibirá en el futuro las cuasi-rentas prometidas. En nuestro caso, la credibilidad del compromiso viene garantizada precisamente por la desventaja en términos de costes que tendría para el principal operar el sistema distributivo de manera verticalmente integrada, es decir, a través de empleados. Esta es la "fuerza de mercado" que contiene el riesgo de oportunismo del principal. Pues, obviamente, si el principal decide adoptar una estrategia expropiatoria -una estrategia siempre fácil de percibir y de comunicar a través de la red de distribución-enseguida reduce la credibilidad de sus promesas y, por tanto, pierde la posibilidad de mantener un sistema de distribución más beneficioso. En ocasiones, los principales que comienzan a acusar el descrédito sienten la tentación de aumentar el nivel de las cuasi-rentas que prometen. Creen que así serán capaces de contrarrestar el mayor riesgo de oportunismo que anticipan los distribuidores, pero el intento se halla casi siempre condenado al fracaso, ya que los potenciales distribuidores solo se fían de aquellas promesas que están respaldadas: si el valor descontado de las cuasi-rentas prometidas es mayor que el valor descontado de la desventaja en términos de costes de la distribución mediante una red propia respecto de la distribución mediante franquicias y concesiones, el equilibrio contractual se desvanece. Y es que una condición básica del funcionamiento del sistema es que la desventaja comparativa de la integración vertical sea más costosa que las cuasi-rentas requeridas para motivar el cumplimiento de los distribuidores.⁷⁴ Solo en ese caso podría decirse que los

⁷³ V. BEALES y MUNIR, *Journal of Corporate Finance* 2 (1995), págs. 162-163.

⁷⁴ Este extremo constituye la segunda pieza del modelo elaborado por KLEIN, Benjamin, *Journal of Corporate Finance* 1 (1995), págs. 22-24 e ibi algunas referencias a la literatura empírica que lo acredita.

incentivos están alineados y, siendo así, el principal será el primer interesado en mantener la integridad de sus compromisos –de no apropiarse sucesivamente de las cuasi-rentas del distribuidor–, pues la alternativa le resulta más costosa. Naturalmente, los potenciales distribuidores adquieren conocimiento (aunque sea meramente tácito) de esta situación y, por tanto, tienen motivos para confiar en que la cláusula *ad nutum* no va a ser aprovechada sistemáticamente contra sus intereses por parte de los principales. En definitiva, tienen motivos para confiar que el acuerdo implícito está preservado por mecanismos extrajurídicos.

c) La comprensión de este nuevo mecanismo de salvaguardia contractual reduce considerablemente la necesidad de buscar en el desván de la buena fe artilugios para proveer al distribuidor de la debida protección, pero no la elimina por completo. El papel que le toca desempeñar a la buena fe –y, por tanto, al ordenamiento jurídico– es justamente aquel que, siendo necesario para suplementar la tutela de mercado de que goza el distribuidor, al propio tiempo no pone en peligro la eficacia del mecanismo de *self-enforcement* que trata de instaurarse mediante las cláusulas *ad nutum*. Este es el margen que deja la solución de separación para integrar, de conformidad con la voluntad presumible de las partes, el contrato explícito. Hace un momento recordábamos que la solución de compromiso entrañaba un alto riesgo de judicialización de las decisiones de terminación del principal y que, justo por esta razón, podía dejar en entredicho la función de las cláusulas *ad nutum*. Este es el momento de añadir que el margen que le queda a la buena fe es precisamente ese en que el riesgo de judicialización no existe o es mínimo (entendido el mínimo como expresión de que el coste para el mecanismo de *self-enforcement* es menor que el riesgo que asume el distribuidor). El grupo de casos que ocupa ese espacio es aquel en que el distribuidor puede aportar de inmediato pruebas líquidas e inequívocas de que la decisión del principal es expropiatoria. El paradigma del grupo es el que podemos denominar caso del “distribuidor modélico”, entendiendo por tal aquel que hace tan bien su trabajo (tanto desde el punto de vista de la calidad del servicio como de la cantidad de ventas) que puede resultar incluso apetitoso para el principal separarlo prematuramente de la red para beneficiarse de la elevada rentabilidad de su unidad, sea explotándola él directamente o “revendiéndola” a mejor precio. Pues bien, a mi juicio, cuando un distribuidor es separado de la red y hay evidencia indiscutible de su carácter modélico (puede acreditarse, por ejemplo, que tiene unos excelentes registros de calidad y exhibe un volumen de negocios significativamente mejor a la mediana de la red) debe admitirse la posibilidad de recurrir al sistema jurídico para defender sus intereses. El remedio de que podría echarse mano es la *exceptio doli*, encaminado a neutralizar la denuncia oportunista del principal. El supuesto guarda semejanza con el caso del ejercicio abusivo de las garantías a primera demanda. Como es sabido, en este tipo de garantías, el banco se obliga a pagar al acreedor a primera demanda, no cabiendo la posibilidad de oponerle las excepciones derivadas del negocio principal. La función de esta drástica limitación de los medios de defensa del deudor es preservar el automatismo de la ejecución y, por tanto, el valor contractual de la garantía.⁷⁹ Pues bien, a pesar de ello, la práctica ha permitido

⁷⁹ El paralelismo entre la cláusula “a primera demanda” en los contratos de garantía y la cláusula *ad nutum* en los contratos de distribuciones obvia. Desde el punto de vista del sujeto activo de tales cláusulas –el acreedor o el principal– el automatismo del mecanismo permite incentivar el cumplimiento del sujeto pasivo –el deudor o el distribuidor–. Desde el punto de vista contrario, tales cláusulas exponen a sus sujetos pasivos –al deudor y al distribuidor– a un cierto riesgo de expropiación por parte del sujeto activo –el acreedor y el principal. El equilibrio que se observa en la práctica contractual de las garantías a primer requerimiento puede observarse por ello en un juicio para resolver convenientemente el problema en los contratos de distribución (para una aproximación a la función económica de las cláusulas a primera demanda y a la justificación de los riesgos asumidos por el deudor y éste por los beneficios que puede obtener al permitirle negociar con

abrir una pequeña brecha en el rigor del mecanismo a través del cauce de la *exceptio doli*. De este modo, se ha permitido al deudor paralizar el pago que se dispone a hacer el banco garante cuando pueda aportar pruebas líquidas de que el pago resulta manifiestamente improcedente.¹⁶ Esta brecha o excepción no ha restado prácticamente valor contractual –es decir, automatismo– a las garantías a primera demanda, porque la exigencia de liquidez en las pruebas y de incontestabilidad en el fundamento jurídico impide la judicialización de los casos normales.

Mi propuesta en el ámbito de los contratos de distribución es muy similar. De acuerdo con ella, el distribuidor podría hacer valer judicialmente la excepción de dolo frente al ejercicio expropiatorio de la facultad de denuncia, y los tribunales tendrían que admitirla, siempre y cuando apreciaran la concurrencia de tres requisitos indispensables (en cuya formulación enseguida se advertirá la inspiración de la doctrina elaborada en sede de garantías a primera demanda): *evidencia jurídica, prueba líquida y gravedad de la decisión*. Ceñido a estos límites, el control *ex bona fidei* del ejercicio de las facultades de denuncia apenas supone un peligro para el automatismo que requiere el mecanismo de *self-enforcement* y, al propio tiempo, deja abierta una vía para zanjar de raíz las conductas más graves. Naturalmente, hay que mantener a raya los impulsos “justicieros” evitando la tentación de relajar los requisitos. El sistema solo funcionará adecuadamente si la jurisprudencia lanza una señal inequívoca de que rechazará las demandas interpuestas por los distribuidores cuando: (a) no sea absolutamente evidente la razón jurídicamente esgrimida por el distribuidor, aunque sea probable que tras un análisis más sutil no carezca de solidez (esto no es lo que se juzga); (b) no sea absolutamente clara y neta la prueba, y esto desde luego no sucede cuando el juez necesita ponderar pruebas contrapuestas que tienen cierta base o, en general, cuando es necesaria una larga prueba; y (c) no revista la terminación una gravedad desproporcionada considerando los daños que pueden ocasionarse al distribuidor, pues el remedio de que tratamos es verdaderamente excepcional.

14. Una consideración final

El análisis llevado a cabo en estas páginas ha procurado evitar el riesgo de que la contemplación del conflicto de intereses a que da lugar la terminación del contrato en el momento final dejase en la sombra o perturbase la comprensión de lo que ocurre en el momento inicial de la coordinación contractual. De ahí el énfasis puesto en la visión prospectiva y el esfuerzo realizado para esclarecer cómo se construye el alineamiento de incentivos más correcto –o menos imperfecto– posible. Me pareció que solo así podía entenderse la racionalidad económica de las cláusulas *ad nutum* y despejarse las dudas y recelos con que acostumbran a mirarse. Más de uno pensará, a buen seguro, que de este modo no se ponderan suficientemente los resultados distributivos, que se sacrifica la equidad en aras de la eficiencia, la razonabilidad en aras de la racionalidad. A quien así piense me gustaría convencerle de lo contrario, pues la verdad es que incluso desde el punto de vista retrospectivo no acierto a ver afrenta alguna a la suprema exigencia del *suam cuique tribuere*. No la hay, desde

contrato o a otras condiciones contractuales más restrictivas, v., por todos, J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato bancario de garantía. Las garantías a primera demanda*, Madrid 1995, págs. 27-36.

¹⁶ Puede servir como referencia el art. 19 de la *Convención de los Bancos Unidos sobre garantías independientes y cartas de crédito convergentes* (el texto de la convención y un comentario del precepto mencionado pueden consultarse en A. DÍAZ-MORENO, RDHB 64 (1996), págs. 1059-1063 y 1076). Las *Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre garantías “a primera demanda”* son menos explícitas, aunque de una interpretación conjunta de sus arts. 11 y 13 puede llegarse a conclusiones similares (v. el texto de tales reglas y un apunte interpretativo en el sentido indicado en A. DÍAZ-MORENO, DN 36 (1993), págs. 2, 11 y ss.)

luego, en el plano estrictamente contractual, donde lo que pertenece a cada uno se mide en función de lo que dice el contrato.⁷⁷ Pero tampoco la hay en ese otro plano más extracontractual, donde la justicia del intercambio, lo que pertenece a cada uno, se valora en atención a sus merecimientos por lo que ha aportado a la relación.⁷⁸ Y ello por la sencilla razón de que mediante la terminación *ad nutum* no se despoja al distribuidor de nada que alguna vez hubiese sido suyo. Pues en todo caso habrá de convenirse que esa justicia de merecimientos, cualquiera que sea la forma en que se defina, nunca puede pretender que se asegure al distribuidor que seguirá percibiendo una ganancia en el futuro (al fin y al cabo, este es el privilegio –la “franquicia”, la “concesión”– que le otorga el principal), sino simplemente que no tendrá pérdidas en el pasado. Y este resultado se garantiza de manera razonable con los deberes contractuales derivados de la buena fe a que se ha hecho referencia en los apartados anteriores y, singularmente, con el deber de confianza, que obliga al principal a no denunciar el contrato mientras no haya transcurrido un tiempo razonable para la amortización de las inversiones específicas y de los pagos irreversibles (me refiero a los cánones de entrada que normalmente hay, que satisfacer en el contrato de *franchising*). Pero transcurrido ese lapso de tiempo, el distribuidor realmente ya no puede perder nada que fuera suyo de antemano; lo único que puede perder es la posibilidad de seguir disfrutando de unos ingresos sobrecompetitivos –las cuasi-rentas– que tienen su origen en una posición y en unos activos que corresponden o pertenecen al principal.⁷⁹

⁷⁷ Alguien podría decir que con una definición tan rigurosa de los presupuestos de lo *exceptio-istis* como la que se ha hecho en el apartado anterior se deja un cierto margen para la expropiación por parte del principal de las rentas contractuales que el acuerdo implícito reconoce al distribuidor. Nuestro crítico podría añadir además que, a diferencia de lo que ocurre en las garantías a primera demanda, donde el deudor es obligado –el deudor que ha tenido que pagar en vía de regreso al banco garante– puede proceder después contra el acreedor beneficiario de la garantía, en los contratos de distribución no queda posibilidad de recurso ulterior para restablecer el equilibrio. En apariencia, la objeción no está exenta de algún peso, pero sólo en apariencia. Lo que sucede en la realidad es que el derecho del distribuidor a la estabilidad de la relación –en la medida en que no está reconocido en el contrato explícito, sino en el contrato implícito– constituye un *derecho consuetudinal* privado de tutela jurídica por expresa voluntad de las partes. Este es precisamente el significado de la fórmula *af iuris*.

⁷⁸ Bajo esta fórmula, deliberadamente vaga, pretendo referirme a ese modo bastante frecuente de juzgar la moralidad de los intercambios en función del principio de equivalencia objetiva en lugar de hacerlo atendiendo al principio de equivalencia subjetiva.

⁷⁹ Sin duda es también ese sentimiento de justicia lo que justifica que en la práctica contractual los cánones de entrada que satisfacen los franquiciados no sean iguales al valor esperado o descontado de las cuasi-rentas futuras. Los economistas han considerado siempre muy misteriosa esta cuestión; ¿cómo puede ser lo que –se preguntan– de que los principales no exijan a los distribuidores que les paguen por la franquicia o por la concesión un precio equivalente al valor de las cuasi-rentas que les ofrecen?, por qué se conforman con cantidades muy inferiores y, en muchas ocasiones, incluso con nada? La lógica económica dice que deberían cobrarlas. Algunos autores tratan de explicar el misterio alegando las escasas disponibilidades financieras de los distribuidores (c. par. e), KAUFMAN y LAFONTAINE, *J. Law & Econ.* 37 (1994), pág. 437) pero esta hipótesis se juzga con razón increíble. La respuesta tiene que ver mucho, como sugiere Benjamin Klein, con el problema de la justicia. En realidad, si no se exigen cánones de entrada o se exigen cánones inferiores es porque, en caso contrario, podría ponerse en peligro el mecanismo de *self-enforcement* del contrato. El peligro no estaría en la desaparición de las cuasi-rentas (estas siempre seguirían existiendo *ex post*, es decir una vez pagado el canon), sino en realización de la posibilidad de pérdidas debido a la actitud revesosa que en ese caso podría adoptar el sistema jurídico frente a un sistema restrictivo de terminación *ad nutum* que entraña el peligro de usurpación por parte del principal de los fondos del distribuidor (c. KLEIN, *Journal of Corporate Finance*, 2 (1995), págs. 24-28). El problema no podría solventarse con el transcurso de un tiempo prudencial, ya que si el canon de entrada cubre el valor íntegro del flujo futuro de cuasi-rentas nunca pasaría el plazo razonable para amortizar la inversión. El argumento ha sido criticado haciendo que, de ser cierto, debería extenderse a las inversiones específicas de entrada (c. DINES, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* [57] (1996), pág. 318). Pero la objeción no prueba nada, ya que en efecto se entiende: mientras estas no estén amortizadas la libre terminación está sujeta a importantes restricciones. Esta es, en definitiva, la razón por la que en su momento decidimos que la manera más eficaz para constatar el mecanismo de *self-enforcement* no es con base en las cuasi-rentas derivadas de las inversiones específicas, sino con base en las cuasi-rentas derivadas de las restricciones verticales y los intangibles del principal (c. *supra* n. 34). La lógica –y la experiencia– indican que podría ver las cosas –es más de “valores de eficiencia” que de “inversiones hundidas”.

APÉNDICE

EL EXTRAÑO CASO DEL FABRICANTE QUE VIOLÓ LA LEY DE LA DEMANDA

1. La ley de la demanda expresa la existencia de una relación inversa entre coste y actividad: a medida que sube el precio, baja la cantidad demandada; a medida que crece la turbulencia de las aguas, hay menos gente dispuesta para lanzarse a salvar el niño; a medida que se eleva el coste de terminar los contratos, disminuye el número de los que son denunciados o resueltos. Los economistas consideran que la ley de la demanda es tan inexorable dentro del sistema social como ley de la gravedad dentro del sistema natural. Tal es la confianza que tienen depositada en ella que en ocasión memorable una prestigiosa institución británica llegó a ofrecer un cuantioso premio a quien pudiera aportar un caso en que hubiese dejado de cumplirse. Una reciente sentencia del Tribunal Supremo me ha recordado este célebre episodio de la ciencia económica.

La sentencia lleva fecha de 26 de abril de 2002 y en ella se condena a un fabricante de vehículos industriales a indemnizar al concesionario separado de la red por un importe cercano a los dos mil millones de pesetas (tan sólo en concepto de indemnización por clientela le obliga a pagar 1.500 millones). La resolución es llamativa porque el contrato reconocía explícitamente la facultad unilateral de las partes de resolver el contrato *ad nutum* (es decir, sin necesidad de abonar una compensación ni de ofrecer una justificación). La única carga que debían cumplimentar –y que el fabricante efectivamente cumplimentó– era la de comunicar su intención de poner fin a la relación con una antelación mínima de un año. Estoy seguro, sin embargo, que la doctrina de la resolución será bien recibida por el grueso de nuestros tratadistas de derecho mercantil, siempre proclives a dar carta de naturaleza a los mecanismos de protección del concesionario que puedan construirse en los intersticios del ordenamiento y, en particular, a través de la aplicación analógica al contrato de concesión de la indemnización por clientela prevista en la Ley de Agencia, que es precisamente el perno sobre el que gravita la argumentación del Tribunal Supremo.

2. En mi opinión, entre el agente y el concesionario falta aquella “identidad de razón” que justifica el recurso a la analogía y, por ello, no puedo compartir el criterio jurisprudencial. En todo caso, no es mi propósito utilizar esta página para hacer disquisiciones de técnica jurídica sobre la analogía con la agencia o sobre otros expedientes ideados por la doctrina para dar al concesionario lo que el contrato le niega, de los que me he ocupado con detenimiento en escritos de otra índole¹. Mi intención es ofrecer unas reflexiones de política jurídica sobre el problema de fondo. El momento parece especialmente oportuno porque la solución consagrada por nuestro más alto Tribunal podría ser acogida por el Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución actualmente en discusión, con la bienintencionada finalidad de promover la estabilidad de los concesionarios.

Mi conjetura es que, al margen de otras consideraciones, una política de estabilidad está llamada a rendir un flaco servicio a los intereses de los concesionarios. En efecto, si la obligación de indemnizar la clientela llega a consolidarse, el futuro que les espera no es precisamente el más halagüeño. No me dicta este vaticinio una

¹ C. PAZ-ARES, *La terminación de los contratos de distribución*, Revista de Derecho Mercantil 223 (1997), pp. 7 ss.; C. PAZ-ARES, *La indemnización por clientela en el contrato de concesión*, La Ley 2 (1997), pp. 960 ss.

bola de cristal, sino la realidad tangible de lo que ha ocurrido al otro lado del Atlántico. Me refiero, en concreto, a la experiencia de Estados Unidos, un país que ofrece a las hipótesis en liza un banco de pruebas excepcional, pues la mitad de sus Estados permite terminar libremente los contratos de distribución y la otra mitad supedita dicha terminación –como ha hecho nuestro Tribunal Supremo y puede hacer en el futuro nuestro legislador– al pago de fuertes indemnizaciones. Pues bien, de la comparación de las estrategias seguidas por los mismos fabricantes bajo regímenes jurídicos alternativos se desprenden algunos resultados interesantes para nuestra reflexión, y es que en los Estados que establecen restricciones a la facultad de terminar libremente el contrato: (i) es más elevado el importe de los honorarios –*royalties*, *front fees*, etc.– que deben satisfacer los concesionarios y franquiciados para obtener la licencia del fabricante²; (ii) es superior la proporción de los centros de distribución que son propiedad de la marca respecto de los que son objeto de concesión o franquicia a operadores independientes³; y (iii) es mayor la rotación de los concesionarios y franquiciados.

3. Doy por descontado que las dos primeras consecuencias no impresionarán a nadie. Constituyen el precio de la protección del concesionario –se me dirá– y, como tal, pueden aceptarse de la misma manera que las aceptamos en el ámbito del contrato de agencia o de trabajo. El problema está en la tercera consecuencia, que todo lo pone en cuestión. En efecto, ¿qué sentido tiene establecer una regulación encaminada a promover la estabilidad de los distribuidores y pagar los costes que le son inherentes –en términos de reducción del número de concesiones ofertadas y de elevación del precio de las que se oferten– si el resultado que logro es justamente el contrario al buscado, una mayor inestabilidad? Mi interlocutor dirá simplemente que eso no es posible; que no es posible que el resultado de encarecer la terminación de los contratos obligando al fabricante a abonar una compensación por clientela sea que los contratos se terminen antes y más a menudo. Ello equivaldría a reconocer –agregará– una relación directa entre coste y actividad y, por tanto, una flagrante violación de la ley de la demanda. Frente a la perplejidad o incredulidad de mi interlocutor no me queda más remedio que insistir en los hechos. La evidencia empírica disponible –obtenida sobre muestras amplísimas y períodos de observación superiores a diez años– indica, en términos estadísticamente significativos, que la tasa anual de terminación de las concesiones es muy superior y el período medio de duración de los contratos es muy inferior en los Estados que imponen la obligación de indemnizar al concesionario que en los Estados que permiten terminar libremente el contrato. Los estudios de Beales y Muris son terminantes al efecto⁴.

Mi explicación de esta singular paradoja, que ciertamente desafía a la ley de la demanda, está en los incentivos perversos que desatan las limitaciones judiciales o legales al tratar desigualmente las decisiones de terminación debidas a incumplimiento del concesionario (que naturalmente no llevan aparejada indemnización) y las debidas a la simple voluntad del fabricante (que le imponen obligaciones de compensación). Puesto que solo en el primer caso quedan eximidos

² J. A. BRICKLEY, *Royalty Rates and Upfront Fees in State Contracts: Evidence from Franchising*, *Journal of Law & Economics* 45 (2002), pp. 390 ss.

³ J. A. BRICKLEY, F.H. DAK y M.S. WIESBACH, *The Economic Effects of Franchise Termination Laws*, *Journal of Law & Economics* 34 (1991), pp. 101 ss.; R.L. SMITH, *Franchise Regulation: An Economic Analysis of Franchise Termination Laws*, *Journal of Law & Economics* 25 (1982), pp. 125 ss.

⁴ H. BEALES y T.J. MURIS, *The Foundations of Franchise Regulation: Issues and Evidence*, *Journal of Corporate Finance* 2 (1995) pp. 178 y ss.

los fabricantes de la obligación de indemnizar, se genera un poderoso incentivo para resolver *ante el primer indicio de incumplimiento*. La razón es muy sencilla: cuando la relación puede terminarse a discreción sin el temor de tener que abonar una compensación, el fabricante tiene propensión a ser más tolerante con el concesionario que ofrece rendimientos pobres y a mostrarse más dispuesto a concederle una "segunda oportunidad". Al fin y al cabo, sabe que si en el futuro no endereza la situación podrá separarlo de la red sin coste adicional. La estrategia de la indulgencia, en la medida que reduce los costes de la sustitución, se revela superior a la estrategia del "ojo por ojo".

Los incentivos se modifican radicalmente en el escenario alternativo. En efecto, si el fabricante anticipa que en el futuro no podrá denunciar sin coste el contrato más que probando nuevamente un incumplimiento del concesionario, se sentirá empujado a hacerlo a la primera de cambio. Nótese que el problema de la prueba no es baladí. Primero, porque en los contratos de duración complejos la mayoría de los incumplimientos no son *patentes*, sino *latentes* y, por tanto, difícilmente verificables ante terceros. Y segundo, porque aun tratándose de incumplimientos patentes, en segunda vuelta pierden persuasión. Después de todo, el concesionario siempre podrá argüir que el hecho mismo de que el contrato no haya sido resuelto la primera vez demuestra que el problema de cumplimiento no es el verdadero motivo de la terminación subsiguiente.

Desgraciadamente no ganaré el premio de la institución británica. La violación de la ley de la demanda es solo un espejismo. Cuando la resolución *ad nutum* se vuelve más costosa, los fabricantes la sustituyen por la resolución *ad causam* (que es muy barata), y esto es lo que provoca la aceleración en los tiempos de terminación de los contratos. Pero lo que no es un espejismo es la lección que extraemos de esta historia, y es el alto riesgo de que el tiro de las políticas jurídicas que limitan la facultad de terminar libremente los contratos de distribución salga por la culata creando una situación insatisfactoria para todos: para el concesionario, porque eleva la probabilidad de que sea separado de la red prematuramente; para el fabricante, porque le fuerza a adoptar decisiones costosas que alternativamente no habría adoptado.

*A.K. DIXIT y B.J. NALEBUFF, *Pensar como jugadores*, trad. esp., Barcelona 1992, pp. 126-128.