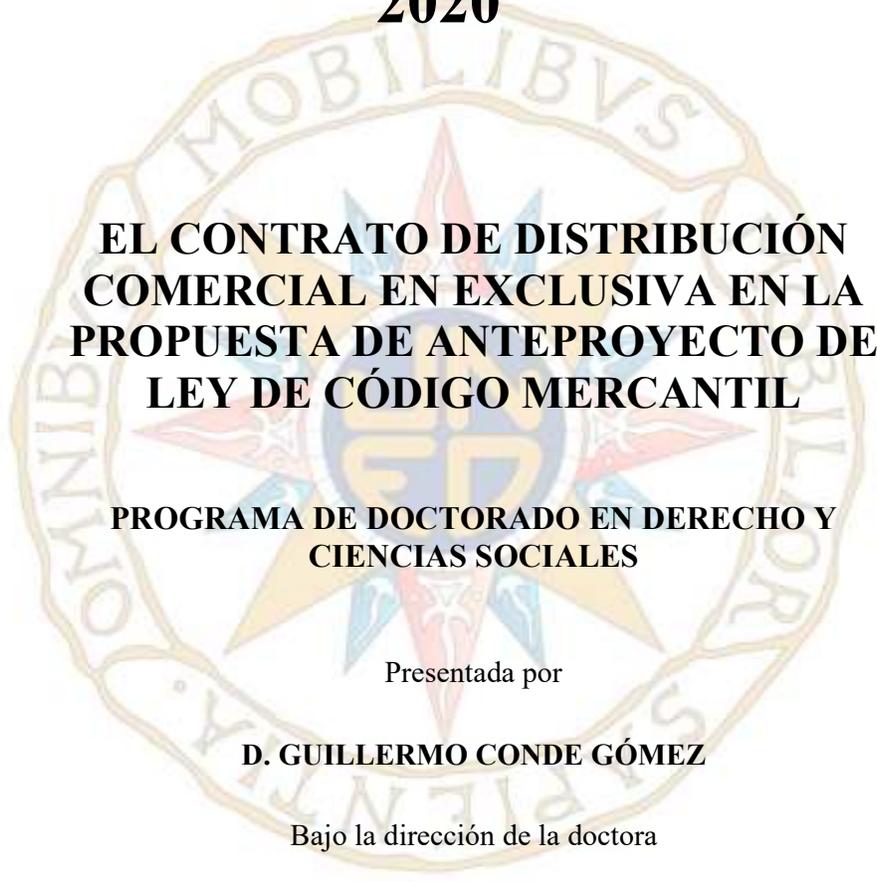


TESIS DOCTORAL

2020



EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL EN EXCLUSIVA EN LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES**

Presentada por

D. GUILLERMO CONDE GÓMEZ

Bajo la dirección de la doctora

DÑA. ALICIA ARROYO APARICIO

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento a todas aquellas personas que con su ayuda han contribuido a que pudiera llevar a cabo este trabajo.

A mi directora, la Prof. Dña. Alicia Arroyo Aparicio, que gracias a su extraordinaria dirección, colaboración y enseñanza he podido culminar esta tesis.

Gracias en especial a mi esposa, Patricia, sin cuya comprensión, paciencia y cariño constante durante todos estos años este proyecto no podría haberse hecho realidad.

A mis padres, Jorge y María del Carmen, que gracias a su destacado ejemplo he podido desarrollarme personal y profesionalmente. También a mi hermano, Jorge, por su apoyo y amistad.

Finalmente, mi agradecimiento a la Universidad Nacional de Educación a Distancia y en particular a todas las personas que forman parte de la Escuela Internacional de Doctorado.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	10
I. APARICIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL COMO FENÓMENO ECONÓMICO.	17
1. Evolución de la distribución comercial.	17
1.1 Planteamiento.	17
1.2 Evolución histórica.	18
2. Noción Económica de la Distribución Comercial.	25
2.1 Concepto e importancia de la Distribución Comercial.	25
2.2 Funciones y utilidades de la Distribución Comercial.	27
2.3 Los canales de distribución comercial.	29
2.4 Los actores en el proceso de distribución comercial.	33
II. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL EN EL SISTEMA LEGAL ESPAÑOL Y COMPARADO EUROPEO.	37
1. Aproximación y propuestas legislativas.	37
1.1 Razones que justifican el desarrollo de una regulación.	37
1.2 Propuestas legislativas.	38
2. Otras normas a considerar: Legislación sobre el comercio y defensa de la competencia.	44
3. El Proyecto de Ley de Contratos de Distribución y su influencia sobre la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.	51
3.1 Desarrollo del Proyecto de Ley de Contratos de Distribución.	51
3.2 Disposiciones generales.	56

3.3	Formación del contrato.	59
3.4	Contenido del contrato.	61
3.5	Duración y extinción del contrato.	67
3.6	Otros contenidos regulados en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución.	73
4.	La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.	77
4.1	Preliminar.	77
4.2	La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en la Propuesta del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.	81
4.3	Los Contratos de Distribución en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.	98
5.	Estado de la regulación de los contratos de distribución comercial en el derecho comparado europeo.	160
5.1	Italia.	164
5.2	Francia.	172
5.3	Alemania.	180
5.4	Reino Unido.	185
III.	CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN GENERAL.	190
1.	Concepto de los contratos de distribución.	190
1.1	Concepto amplio y restringido de los contratos de distribución.	192
1.2	El concepto de los contratos de distribución en la Jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.	197
2.	Naturaleza jurídica de los Contratos de Distribución.	204
2.1	Contrato de compraventa con exclusiva.	205
2.2	Contrato de suministro.	206

2.3	Contrato mixto de compraventa y arrendamiento de servicios.	207
2.4	Contrato mixto de compraventa y agencia.	208
2.5	Contrato <i>sui generis</i> y atípico.	209
3.	Características de los contratos de distribución.	213
3.1	Contratos de colaboración.	213
3.2	Contratos de duración.	214
3.3	Contratos de confianza.	217
3.4	Contratos mercantiles.	219
IV.	EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA EN LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL.	221
1.	Relevancia del contrato de distribución exclusiva.	221
2.	Conclusión del Contrato.	223
2.1	Formalización por escrito.	225
2.2	Deberes e información precontractual.	229
3.	Contenido.	242
3.1	Obligaciones del proveedor.	245
3.2	Obligaciones del distribuidor.	260
3.3	Pactos de exclusiva.	281
3.4	Determinación de los objetivos comerciales	306
3.5	Deterioro de la imagen de marca y prestigio comercial.	310
3.6	Actividad publicitaria del distribuidor.	326
3.7	Cesión del contrato y nombramiento de colaboradores.	329
3.8	Independencia entre proveedor y distribuidor.	332

4. Extinción del contrato.	340
4.1 Extinción del contrato por tiempo determinado o indefinido.	343
4.2 Amortización de inversiones específicas.	365
4.3 Compensación por clientela.	369
CONCLUSIONES FINALES	402
BIBLIOGRAFÍA	421
FUENTES JURISPRUDENCIALES	443

LISTADO DE ABREVIATURAS

AAVV.	Autores varios.
ALCM.	Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. Ministerio de Justicia. Ministerio de Economía y Competitividad.
Art. (s).	Artículo (s).
BORME.	Boletín Oficial Registro Mercantil.
BOE.	Boletín Oficial del Estado.
CC.	Código Civil.
Cco.	Código de Comercio.
Col. (s).	Colaborador (es).
Coord. (s).	Coordinador (es).
DCFR.	Draft Common Frame of Reference.
Dir. (s)	Director (es).
DOCE.	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DOUE.	Diario Oficial de la Unión Europea.
Ed.	Editorial.
HGB.	Código de Comercio alemán (<i>Handelsgesetzbuch</i>).

LCA.	Ley 12/1992 sobre el Contrato de Agencia.
LCD.	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
LEC.	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LOCM.	Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.
LOPD.	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
LOPJ.	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LSC.	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
Núm. (s).	Número (s).
PALCM.	Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el dictamen del Consejo de Estado.
Pág. (s).	Página (s).
PCM.	Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación dependiente del Ministerio de Justicia. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.

PLCD.	Proyecto de la Ley de Contratos de Distribución. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Proyecto de Ley número 121/000138.
SAP.	Sentencia Audiencia Provincial.
SJM.	Sentencia Juzgado de lo Mercantil.
SJP.	Sentencia Juzgado de Primera Instancia.
ss.	Siguientes.
STJUE.	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS.	Sentencia Tribunal Supremo.
TS.	Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN

El contrato de distribución en exclusiva es una de las figuras contractuales más relevantes de nuestra práctica comercial, siendo utilizado en multitud de ocasiones por proveedores y distribuidores para la distribución de bienes y servicios. No obstante, a pesar de su importancia, nuestro ordenamiento jurídico carece actualmente de un régimen legal que establezca un marco jurídico propio del contrato de distribución en exclusiva.

Así, mientras que el sector de la distribución comercial se encuentra en una situación de evolución constante influenciado por el desarrollo de nuevas tecnologías y las mejoras en los medios de transporte, nos encontramos ante una legislación que no es capaz de dar una respuesta apropiada a las necesidades de los comerciantes.

En este sentido, la importancia de contar con una regulación propia de los contratos de distribución comercial en nuestro país y, en particular, del contrato de distribución en exclusiva, se justifica, en primer lugar, en poder dotar al sector de la distribución de un marco jurídico estable y determinado que les permita desarrollar sus actividades y, en segundo lugar, en establecer una normativa protectora del distribuidor, considerado en la mayoría de los supuestos como parte débil de la relación.

El sector de la distribución de nuestro país ha reclamado en varias ocasiones el desarrollo de un marco jurídico propio para los contratos de distribución, como consecuencia de ello, nuestro legislador, consiente de las carencias de nuestro sistema jurídico, ha intentado dar respuesta a los reclamos del sector en varias

ocasiones. Ello lo ha intentado a través de varios proyectos y propuestas legislativas, siendo el último de ellos la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (en adelante, la “PALCM”) publicada en marzo del año 2018 y elaborada por la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación dependiente del Ministerio de Justicia, que pretende la sustitución de nuestro actual código de comercio y en cuyos artículos 545-1 y ss. proyecta el establecimiento de un marco jurídico propio aplicable al contrato de distribución exclusiva.

Si bien la Sección Segunda inicialmente pretendió abordar con mayores pretensiones el desarrollo del marco normativo de los contratos de distribución en la Propuesta de Código Mercantil del año 2013 (el “PCM”), siendo el germen de la PALCM, la actual propuesta de regulación contemplada en la PALCM, no resultando todo lo extensa que nos gustaría, supone un paso decidido en el establecimiento de un marco jurídico propio de los contratos de distribución en general y del contrato de distribución en exclusiva en particular.

La regulación de los contratos de distribución comercial se encuentra contenida en el Capítulo V, Título IV, Libro Quinto de la PALCM. En concreto, el Libro Quinto de la PALCM regula los contratos mercantiles en particular y el Título IV de dicho Libro regula los denominados contratos de colaboración, de tal manera que los contratos de distribución comparten título con otros contratos mercantiles como son el contrato de comisión, agencia, estimatorio o mediación.

En lo que respecta a la regulación del contrato de distribución en exclusiva, le son de aplicación la práctica totalidad de preceptos contenidos en el antes referido Capítulo V y, en particular, el artículo 545-2 a) y b) de la PALCM contiene su

definición al referirse a los contratos de compra y venta en exclusiva.

De esta manera, esta modalidad gira en torno a la exclusividad de vender o comprar en una determinada zona geográfica prohibiéndose, adicionalmente, el poder hacer publicidad o captar clientes de otras zonas.

Mención especial requiere el régimen de duración y extinción de los contratos de distribución previsto en la Sección 5ª del referido Capítulo V y más concretamente la regulación que de la indemnización por clientela se incluye en la PALCM y que reconoce, bajo ciertos supuestos, el derecho del distribuidor a ser indemnizado una vez resuelto el contrato por la clientela que hubiera podido generar durante el desarrollo de la relación comercial mantenida con el proveedor.

Así, en la hipótesis de que finalmente se aprobara esta propuesta de regulación del contrato de distribución en exclusiva, nuestro ordenamiento jurídico contaría con unas normas básicas que permitirían a distribuidores y proveedores desarrollar sus relaciones de negocio en un marco jurídico predeterminado, lo cual permitirá reducir la conflictividad a la hora de interpretar este contrato y dotará a las partes de mayor seguridad jurídica.

Sentado lo anterior, el objeto del presente trabajo es llevar a cabo un análisis de la regulación del contrato de distribución comercial en régimen de exclusiva a la luz de las normas establecidas en la PALCM, todo ello con el propósito de poder identificar los derechos y deberes del distribuidor y proveedor durante todo el desarrollo de su relación de distribución en exclusiva y con especial énfasis en el momento de finalización de su relación y que tanta jurisprudencia ha creado en nuestro ordenamiento.

De esta manera, el trabajo llevado a cabo es novedoso por cuanto a día de hoy no contamos con un estudio de la propuesta de regulación del contrato de distribución en exclusiva a la luz de la PALCM que nos permita, desde un punto de vista analítico y crítico, ofrecer una visión del contenido de dicha regulación.

Además, este estudio no se limita únicamente al análisis del desarrollo normativo del contrato de distribución en exclusiva, sino que se va más allá, pues se interrelaciona con las regulaciones generales para las obligaciones y contratos mercantiles planteadas en la referida propuesta normativa, así como respecto de otros contratos mercantiles con especial relación con la distribución en exclusiva, como pueden ser el contrato de agencia o compraventa mercantil y que también cuentan con una propuesta de regulación normativa en la PALCM.

No obstante, no podemos obviar que con anterioridad a la elaboración de esta tesis ya existen estudios similares realizados por nuestra doctrina, sin embargo, estos trabajos fueron realizados sobre el desarrollo normativo contemplado en la PCM y que, tal y como veremos en el presente trabajo, presenta importantes diferencias respecto de la regulación finalmente contemplada en la PALCM.

Por otro lado, el objetivo perseguido con el presente trabajo sería doble, en primer lugar, el poner de manifiesto las carencias existentes en nuestro ordenamiento jurídico a la hora de tratar el contrato de distribución en exclusiva y, en segundo lugar, proponer mejoras a la regulación que del contrato de distribución en exclusiva en particular y de los contratos de distribución en general se establece en la PALCM a través de un análisis crítico de la misma.

En lo que a la metodología utilizada para la elaboración de la presente tesis se

refiere, se ha llevado a cabo un análisis de las diferentes propuestas legislativas para la confección de un marco jurídico propio del contrato de distribución en exclusiva desarrollada en nuestro país como son el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2011 (el “**PLCD**”), la PCM o la PALCM, así como las diferentes normas existentes en nuestro ordenamiento jurídico y que son aplicables al presente estudio como pueden ser el Código Civil, el Código de Comercio o la Ley del Contrato de Agencia, entre otras.

Asimismo, para llevar a cabo nuestro estudio nos hemos valido de la más que prolífica doctrina y jurisprudencia que se ha venido desarrollando en nuestro país al respecto y cuyos pronunciamientos y conclusiones han sido en gran medida recogidos por la Sección Segunda de Derecho Mercantil a la hora de desarrollar la ordenación de los contratos de distribución en la PALCM.

Pese a lo que se pudiera pensar, debemos de mencionar la constante renovación e innovación de nuestra doctrina y jurisprudencia a la hora de tratar el contrato de distribución en exclusiva, innovaciones que son más que necesarias dada la evolución constante del sector como consecuencia de la aparición de nuevas fórmulas de distribución a causa de la influencia de las nuevas tecnologías.

A su vez, se ha estudiado la extensa jurisprudencia de la Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo, así como las diferentes sentencias emanadas de tribunales inferiores, destacando en particular la jurisprudencia existente al respecto del análisis de la extinción de los contratos de distribución en exclusiva de nuestro Tribunal Supremo.

Finalmente, en relación con la sistemática del presente trabajo, comenzaremos

exponiendo brevemente aspectos de índole general de la distribución comercial, como es su evolución histórica y noción económica.

En segundo, lugar analizaremos la regulación legal de los contratos de distribución comercial en nuestro ordenamiento jurídico y comparado europeo, exponiendo, por un lado, los aspectos más relevantes de los diferentes intentos normativos que de los contratos de distribución comercial se han llevado a cabo, tales como el PLCD, la PCM y la actual PALCM y, por otro lado, llevaremos a cabo un breve estudio en el marco del derecho comparado europeo y anglosajón de los contratos de distribución comercial, analizando el estado de su regulación en jurisdicciones afines a la de nuestro país como pueden ser la francesa, italiana, alemana o la del Reino Unido.

En tercer lugar, expondremos los estudios existentes más relevantes al respecto del concepto, naturaleza jurídica y características de los contratos de distribución. En particular, en lo que al concepto de contrato de distribución se refiere, veremos las diferentes posturas doctrinales existentes al respecto de la consideración de amplio o restringido de su concepto.

En cuarto lugar y siendo el objeto principal del presente trabajo y, por tanto, el capítulo en el que más nos extenderemos, analizaremos en profundidad la regulación que del contrato de distribución comercial en exclusiva se realiza en la PALCM, más concretamente, en sus artículos 545-1 y ss. A este respecto, analizaremos, entre otros, (i) el régimen de conclusión del contrato de distribución en exclusiva; (ii) el contenido del contrato, exponiendo las diferentes obligaciones de distribuidores y proveedores bajo dicho contrato y, (iii) el régimen de duración y terminación del contrato de distribución en exclusiva, con un análisis particular

del régimen de indemnización por clientela reconocido al distribuidor.

Por último, finalizaremos el presente trabajo con las conclusiones a los análisis de las cuestiones anteriormente apuntadas.

I. APARICIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL COMO FENÓMENO ECONÓMICO.

1. Evolución de la distribución comercial.

1.1 Planteamiento.

El sector de la distribución es el sector responsable por el que circulan la mayoría de los bienes y equipos producidos en nuestra economía sin sufrir transformación alguna, pero añadiendo valía y creando riqueza por los diferentes canales de la distribución por los que transitan dichos bienes y equipos.

Prueba de la relevancia del sector de la distribución es su importancia en materia de creación de empleo, pues gran parte de la población activa en España se encuentra empleada en sectores de actividad relacionada con la distribución. Y no sólo el sector de la distribución tiene su importancia en materia de creación de empleo sino también como alternativa para la creación de empresas por parte de PYMES y autónomos. A este respecto, hay que destacar el alto crecimiento de personas desempleadas que optan por la creación de empresas o la apertura por cuenta propia de nuevos negocios relacionados con el sector de la distribución¹ y más concretamente con algunas de las fórmulas de distribución comercial o de colaboración empresarial que existen en nuestro país (entre otras; franquicia, distribución, comisión, agencia, etc.).

Asimismo, hay que tener en consideración que en nuestro país a partir de los años

¹ Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Población Activa tercer trimestre año 2020. www.ine.es.

70 el sector de la distribución sufrió una importante reestructuración en la que grandes grupos empresariales ocuparon el espacio de las empresas familiares en dicho sector, esto debido a que las grandes dimensiones de estos grupos empresariales les permitía una mejor eficiencia a la hora de distribuir los bienes que comercializan y ser más competitivos, algo que ha favorecido al consumidor al existir mayor competencia.

Este proceso de transformación del comercio español no hubiera sido posible sin el proceso de liberalización del comercio que en nuestro país se ha producido en las últimas décadas y que a día de hoy aún sigue en constante evolución². Junto con esta transformación del sector de la distribución no podemos obviar las importantes modificaciones que el comercio online de bienes y servicios está produciendo en el sector, dando entrada a nuevos operadores muy diferentes a los tradicionales y provocando la evolución de estos últimos para no perder cuota de mercado o incluso verse abocados a la desaparición.

Sentado lo anterior, a continuación analizaremos la evolución que ha sufrido la distribución comercial tanto en España como a nivel global, pues este análisis nos permitirá entender la importancia que tienen los diferentes contratos de distribución que nuestras prácticas habituales prevén y, en particular, el contrato de distribución en exclusiva.

1.2 Evolución histórica.

² Congreso de los Diputados. Exposición de Motivos nº I del Proyecto de la Ley de Contratos de Distribución. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Proyecto de Ley número 121/000138. 29 de junio de 2011. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

El comercio entre civilizaciones tuvo su origen hace más de 4.000 años, siendo iniciado por las sociedades egipcias y de Caldea. China y Europa del Norte tuvieron también una gran influencia en el inicio del comercio, en este sentido, China destaca por el establecimiento de una de las rutas comerciales más importantes y dilatadas en el tiempo como es la “ruta de la seda”.

Junto con los anteriores destacan los fenicios que fueron grandes comerciantes, manteniendo una gran zona de influencia en el Mar Mediterráneo, África, Inglaterra, y en los países bálticos.

También los griegos y los romanos tuvieron un gran protagonismo en la historia del comercio, con la mejora de los medios de transporte terrestre y marítimo fueron capaces de impulsar el desarrollo del comercio y de la artesanía en toda Europa³.

Ya en el siglo XVI, el descubrimiento de América consigue impulsar aún más el comercio entre los países europeos. No obstante, debe de destacarse que las rutas comerciales mediterráneas perdieron importancia y en cambio las rutas del Océano Atlántico se incrementaron. Además, se conocieron en Europa nuevos productos originarios de América, como el maíz, la papa, el tomate, los pimientos y abundó el comercio de metales preciosos, abundantes en América que llegaron a Europa en grandes cantidades, incentivando el comercio.

Durante los siglos posteriores la distribución comercial tiene un eminente carácter agrícola y no será hasta la llegada de la Revolución Industrial en el siglo XVIII cuando se produzca una verdadera transformación, en este sentido, es a partir de

³ MIQUEL PERIS, Salvador, PARRA GUERRERO, Francisca, LHERMIE, Christian, y MIQUEL ROMERO, María José. *Distribución Comercial*, 6ª Edición, Madrid 2008, págs. 43.

entonces cuando la distribución comercial alcanza una gran notoriedad, formando parte fundamental del comercio y de las relaciones entre los empresarios⁴.

A continuación, analizaremos de manera sintética la evolución histórica de la distribución comercial en los siglos XIX, XX y XXI a través de la breve exposición de las aportaciones realizadas, por un lado, por CÉDRIC DUCROCQ⁵ y, por otro lado, por CASARES y REBOLLO⁶.

El primero de estos autores nos aportará una visión más global e internacional de la evolución del sistema de distribución comercial durante dichos periodos de tiempo, mientras que los dos siguientes nos permitirán obtener una visión de la evolución del sistema de distribución en España.

1.2.1 Evolución del sistema de Distribución Comercial desde 1850 a la actualidad establecida por CÉDRIC DUCROCQ.

A partir de 1850 se inicia una evolución del sistema de distribución comercial que a fecha de hoy se mantiene, en este sentido, CÉDRIC DUCROCQ divide esta evolución en cuatro diferentes periodos⁷:

- (i) Periodo de 1850 a 1950.

⁴ MIQUEL PERIS, Salvador, PARRA GUERRERO, Francisca, LHERMIE, Christian, y MIQUEL ROMERO, María José. *Distribución Comercial*, 6ª Edición, Madrid 2008, págs. 44.

⁵ DUCROCQ, Cedric. *La Nouvelle Distribution*. Ed. Dunod, París 2006, págs. 77 – 95.

⁶ CASARES RIPOL, Javier y REBOLLO AREVALO, Alfonso. *Distribución comercial*, Ed. Civitas, Madrid 2000, págs. 195 – 198.

⁷ DUCROCQ, CEDRIC. *La Nouvelle Distribution*, Ed. Dunod, París 2006, págs. 77.

Esta primera etapa está relacionada con el desarrollo de la Revolución Industrial y se caracteriza por la diferenciación entre los procesos de fabricación de bienes y su posterior distribución y comercialización.

En esta etapa se produce una nueva organización de los medios de producción, nacen las ventas en masas, aparecen redes integradas de distribución junto con grandes almacenes y el autoservicio⁸.

(ii) Periodo de 1950 a 1980.

Esta segunda etapa se caracteriza por aparecer la denominada sociedad de consumo, en la cual nos encontramos en un período de consumo masivo de bienes y servicios gracias a su fabricación en grandes cantidades⁹.

(iii) Periodo de 1980 a 1990.

Con la llegada de los años 80 cada vez la demanda se hace más específica y segmentada, nos encontramos en una etapa en la que la demanda de los consumidores se hace más especial, estos requieren productos específicos y es necesario que la oferta de los comerciantes se adapte a los nuevos gustos de los consumidores.

⁸ MIQUEL PERIS, Salvador, PARRA GUERRERO, Francisca, LHERMIE, Christian, y MIQUEL ROMERO, María José. *Distribución Comercial*, Ed. ESIC, Madrid 2008, págs. 43 - 46.

⁹ MIQUEL PERIS, Salvador, PARRA GUERRERO, Francisca, LHERMIE, Christian, y MIQUEL ROMERO, María José. *Distribución Comercial*, Ed. ESIC, Madrid 2008 págs. 43 - 46.

(iv) Periodo de 1990 en adelante.

En esta última etapa la distribución sigue evolucionando con el auge de las ventas a distancia y por medios electrónicos. En este sentido, esta última etapa se caracteriza sobre todo por los cambios que se producen en la distribución comercial como consecuencia de la aparición de innovaciones tecnológicas.

En los años ochenta comienzan a utilizarse los lectores ópticos, mientras que en los años noventa hacen su aparición los sistemas de información para la gestión de datos¹⁰.

A partir de los años 90 la influencia de los nuevos medios de comunicación y de internet permiten el auge y desarrollo del comercio electrónico que permite realizar compras de productos tanto directamente al fabricante como a distribuidores de productos que únicamente operan por internet.

En este sentido, en los últimos años se puede comprobar el auge de nuevos distribuidores de productos que mediante plataformas web o aplicaciones de teléfonos móviles venden sus productos al consumidor final, ello además potenciado por la reciente pandemia provocada por el Covid-19 que ha obligado a millones de personas a estar confinadas en sus hogares sin poder acudir presencialmente a

¹⁰ BERNÉ MANERO, Carmen, GARCÍA UCEDA, María Esperanza, PEDRAJA IGLESIAS, Marta. *La Distribución Comercial en Aragón a principios del Siglo XXI*. Universidad de Zaragoza, Departamento de Economía y Dirección de Empresas, Zaragoza 2000, pág. 93.

realizar sus compras en los comercios tradicionales.

Así, en los últimos años estamos siendo testigos como los pequeños distribuidores tienden a tener menor peso en el comercio para dar paso a grandes cadenas de distribución con influencia no sólo en un único país sino en multitud de ellos, esto significa que hay una mayor concentración y globalización del comercio y de la distribución.

1.2.2 Evolución del sistema de Distribución Comercial desde 1900 hasta la actualidad establecido por CASARES Y REBOLLO¹¹.

Los profesores CASARES Y REBOLLO dividen la evolución del comercio y la distribución comercial en España en dos grandes períodos, un periodo de comercio tradicional y otro periodo de distribución masiva.

(i) Periodo de Comercio Tradicional (1900-1959).

A su vez este periodo se divide en tres etapas:

- **Período Cuasigremialista (1900-1936).** El comercio es tradicional y aislado. En las ciudades el comercio se basa en el predominio del canal tradicional de comercio de productos alimentarios y en el que el comercio minorista no alimentario se empieza a desarrollar.

¹¹ CASARES RIPOL, Javier y REBOLLO AREVALO, Alfonso. *Distribución comercial*, Ed. Civitas, Madrid 2000, págs. 195 – 198.

- **Período afectado por la guerra civil (1936-1939) y la posguerra (1939-1949).** Se efectúa un fuerte control por parte del Estado por problemas de abastecimiento. Esta situación estuvo vigente hasta 1952. El sector de la distribución no sufre evolución alguna como consecuencia de la situación de guerra.

- **Período de consolidación del comercio tradicional (1950 - 1959).** El comercio minorista de alimentación entra en auge (carnicerías, fruterías, pescaderías, lecherías., etc.), también aparecen tiendas de ultramarinos donde se ofrecen productos de alimentación no perecedera.

Se crean los mercados tradicionales de barrio y aparecen algunos grandes almacenes populares y tiendas especializadas como el Corte Inglés, la cual fue constituida como fundación en el año 1940¹².

- (ii) Período de Distribución Masiva (1960-2001).

En la segunda mitad del siglo XX el comercio tradicional irá desapareciendo en favor de la distribución comercial masiva. Los principales indicadores de este nuevo período son¹³:

¹² <https://www.elcorteingles.es/informacioncorporativa/es/quienes-somos/historia-del-grupo/historia/>

¹³ CASARES RIPOL, Javier y REBOLLO AREVALO, Alfonso. *Distribución comercial*, Ed. Civitas, Madrid 2000, págs. 195 – 198.

- Gran crecimiento de las sociedades cooperativas.
- Implantación del autoservicio.
- Crecimiento de las grandes superficies.
- Desarrollo y modernización de los mercados mayoristas de productos de alimentación.

Tal y como se explicó anteriormente, en esta época los consumidores tienen mayor capacidad de renta y más información, lo que repercute positivamente en el desarrollo del comercio y de los sistemas de distribución.

En la década de los noventa y hasta la actualidad, la competencia aumenta considerablemente, además, las nuevas tecnologías acercan aún más a los consumidores al mercado (venta online, telefónica, venta por catálogo, etc.).

2. Noción Económica de la Distribución Comercial.

2.1 Concepto e importancia de la Distribución Comercial.

La separación geográfica entre los fabricantes y los consumidores hace necesaria establecer vías y fórmulas para poder poner a disposición de los consumidores los bienes producidos por los fabricantes, en este sentido, la distribución comercial engloba el conjunto de procesos necesarios para poner a disposición de los consumidores los productos en determinadas condiciones de lugar, tiempo, forma

y cantidad¹⁴.

Desde el punto de vista económico la distribución comercial es un eje organizador de los intercambios mientras que desde el punto de vista social la distribución comercial es una importante fuente generadora de empleo. En este sentido, el conjunto de intermediarios que constituyen el sistema comercial contribuye en una parte importante al conjunto de la economía, configurándose como un sector generador de gran cantidad de empleos en nuestro país¹⁵.

Prueba de la importancia del comercio en nuestro país podemos observarla en las Estadísticas PYME publicadas por la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, dependiente del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, en este sentido, la distribución de las empresas españolas según los grandes sectores de producción a 1 de mayo de 2020 (excluida la agricultura y la pesca) responde a la siguiente clasificación: el 5,9% son empresas cuya actividad principal se desarrolla en el sector de la industria, el 12,6% lo hace en el de la construcción, el 22,0% en el del comercio y el 59,5% ejerce su actividad dentro del resto del sector de servicios¹⁶.

Asimismo, en lo que respecta al ámbito de generación de empleo, el sector del

¹⁴ VÁZQUEZ CASIELLES, Rodolfo y TRESPALACIOS GUTIÉRREZ, Juan Antonio: *Distribución Comercial: estrategias de fabricantes y detallistas*. Ed. Cívitas, Madrid 1997, pág. 30.

¹⁵ GARCÍA GUARDIA, María Luisa, ALCARAZ LLADRÓ, Antonio y FERNÁNDEZ MARTÍN, Ícaro. “La distribución comercial en la comunicación con el pequeño comercio independiente en el marco de la web 2.0.” *Revista Historia y Comunicación Social*. Vol. 18. Nº Especial Diciembre, 2013, págs. 687-702.

¹⁶ SECRETARÍA GENERAL DE INDUSTRIA Y DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO. Estadísticas Pyme, Evolución e Indicadores, 1 de enero de 2019 (actualizado a 1 de mayo de 2020). <http://www.ipyme.org/Publicaciones/Estructura-Dinamica-Empresarial-2019.pdf>

comercio concentra un 17% de la afiliación a la Seguridad Social, con más de tres millones de empleos, además de contar con los puestos de trabajo más estables, ya que el 77,5% de los trabajadores son contratados con el carácter de indefinido, 2,3 puntos porcentuales superior a la media española¹⁷.

2.2 Funciones y utilidades de la Distribución Comercial.

La distribución comercial tiene una serie de funciones, estas funciones se pueden dividir en funciones materiales, funciones transaccionales, funciones económicas, función espacial y temporal y función social¹⁸:

- (i) Función material, las funciones materiales dan respuesta a la separación geográfica que existe entre el fabricante del producto y los consumidores de los productos comerciales, entre las actividades que engloban estas funciones encontramos tareas tales como el transporte, embalaje, selección y almacenamiento de productos.

- (ii) Función transaccional, esta función engloba, por un lado, los flujos de información que se intercambian entre los productores, los distribuidores y los consumidores junto con la publicidad que se realiza de los productos para su venta y, por otro lado, los flujos de titularidad de los productos que se producen como consecuencia de la venta de los productos desde el

¹⁷ CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES (CEOE). Departamento de Economía. *El Sector Comercio en la Economía Española*, noviembre 2019.

¹⁸ BUESO GUILLÉN, Pedro. *Contratos de Distribución Comercial, Restricciones Verticales de la Competencia y Regla de Razón: Delimitación Conceptual y Tratamiento en el Derecho Comunitario Europeo*. Tesis Doctoral. Dir. LÓPEZ SÁNCHEZ, Manuel-Ángel. Universidad de Zaragoza, 1999, pág. 49.

fabricante hasta los consumidores pasando por los distribuidores.

- (iii) Función espacial y temporal, mediante esta función se pone a disposición de los consumidores en el lugar y tiempo necesario los productos para su adquisición.
- (iv) Función social, la distribución tiene una importante función social como consecuencia de su capacidad generadora de empleo.

Además de tener funciones concretas, la distribución comercial tiene una serie de utilidades para los consumidores y para los productores. En este sentido, las utilidades para los consumidores se pueden distinguir en las siguientes¹⁹:

- (i) Utilidad de forma, se producen separaciones del volumen inicial de los productos fabricados para hacerlos más atractivos para el consumidor.
- (ii) Utilidad temporal, se produce cuando se pone a disposición de los consumidores los productos en el momento adecuado para su adquisición.
- (iii) Utilidad de lugar, se produce cuando el producto se pone a disposición del consumidor en un lugar próximo para que éste pueda adquirirlo.
- (iv) Utilidad de posesión, supone la puesta en contacto de oferentes y demandantes, previa al intercambio de bienes y servicios, facilitando la

¹⁹ VÁZQUEZ CASIELLES, Rodolfo y TRESPALACIOS GUTIÉRREZ, Juan Antonio: *Distribución Comercial: estrategias de fabricantes y detallistas*. Ed. Cívitas, Madrid 1997, págs. 25-30.

contratación de la compraventa.

- (v) Utilidad de información, engloba tareas relacionadas con la recogida de información y conocimiento del mercado.

Al igual que la distribución comercial genera utilidades para los consumidores, ésta también genera utilidades para los productores, estas utilidades son las siguientes:

- (i) Utilidad de transporte, acerca los productos a los consumidores para que estos los puedan adquirir.
- (ii) Utilidad de almacenamiento, almacena los productos que son fabricados hasta que estos son distribuidos o consumidos.
- (iii) Utilidad de información, informa al productor sobre posibles cambios de comportamientos de compra de los clientes.
- (iv) Utilidad de finalización de producto, se realiza mediante el fraccionamiento, clasificación, normalización y presentación de los productos.

2.3 Los canales de distribución comercial.

Sin perjuicio de la importancia de las diferentes funciones y utilidades de la distribución comercial analizadas anteriormente, la principal función de ésta es la material, ya que permite acercar los bienes producidos a los consumidores finales. Este hecho se produce a través de los denominados “canales de distribución”, por los cuales transitan los productos para hacerlos disponibles al consumidor final generando “valor añadido”.

Los canales de distribución están compuestos por un conjunto de individuos o entidades que intervienen en el proceso de poner a disposición del destinatario final los bienes fabricados desde los lugares de producción hasta los lugares de consumo.

La estructura de éstos es variada, en el caso de los canales de distribución directos, el fabricante asume todas las funciones y vende la mercancía directamente al cliente final; en el caso de canales de distribución indirectos son los intermediarios junto con los agentes comerciales los que asumen esa función, produciéndose un reparto funcional entre ellos. Así, los canales de distribución pueden clasificarse mediante dos métodos, i) según la longitud del canal de distribución; y ii) según el grado de vinculación entre los miembros del canal²⁰.

(i) Según la longitud del canal de distribución.

La longitud del canal de distribución depende del número de intermediarios en la cadena de distribución y en esta clasificación se distingue entre canales de distribución directos e indirectos según la utilización o no de intermediarios.

- a. Canales indirectos: Se clasifican en canales cortos cuando sólo se utiliza un intermediario que suele ser un minorista que compra directamente al fabricante y se clasifican en canales largos cuando interviene además del minorista un mayorista que es el que compra al fabricante y distribuye a varios minoristas para que estos a su vez vendan a los

²⁰ MOLINILLO JIMÉNEZ, Sebastián. *Distribución Comercial Aplicada*. Ed. ESIC, Madrid 2014, págs. 32-34.

clientes finales.

- b. Canal directo: Se produce cuando el fabricante vende directamente al cliente final, es decir, no intervienen intermediarios (minoristas o mayoristas)²¹.

(ii) Según el grado de vinculación entre los miembros del canal.

- a. Canal convencional o independiente. En este canal los diferentes sujetos intervinientes no tienen vinculación contractual alguna y se limitan a vender y adquirir entre ellos los productos a distribuir.

- b. Canal vertical de distribución. Se caracteriza por la existencia de un mayor grado de vinculación entre los sujetos intervinientes, normalmente mediante acuerdos contractuales. Estos sistemas de vinculación verticales pueden distinguirse a su vez en tres tipos según el grado de vinculación:

- Sistema vertical Corporativo. Hay una propiedad única que dirige todo el sistema según la estrategia comercial diseñada.
- Sistema Vertical Contractual. La vinculación de los sujetos intervinientes se realiza mediante acuerdos contractuales. Estos

²¹ Los últimos años y gracias al desarrollo de los medios de transporte y de comunicación como es internet y la venta online de productos, estamos asistiendo a un importante desarrollo de los canales de venta directa de productos. Como ejemplos en España tenemos el sector textil, en el que los grandes grupos españoles como Grupo Inditex o Grupo Mango venden a sus clientes directamente a través de sus propias páginas Web.

acuerdos permiten a los miembros de este sistema de vinculación una importante estabilidad pero sin perder su independencia, cuestión que no se produce en el Sistema Vertical Corporativo.

- Sistema Vertical Administrativo. Se trata de la acción de liderazgo de uno de los miembros del canal que sin existir vínculos de propiedad o contractuales consigue que se mantenga la estructura de este sistema por el propio interés de sus miembros.

En todo caso, dichos acuerdos verticales deberán de respetar tanto la normativa europea como española en materia de defensa de la competencia, en particular el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²² y la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia²³.

- c. Canal horizontal de distribución. Surge por la asociación de diferentes miembros del canal de distribución pertenecientes a un mismo nivel. Su objetivo último es hacer actividades conjuntas para poder tener un mayor poder de negociación²⁴.

Al igual que mencionamos para los acuerdos verticales, los acuerdos

²² Diario Oficial nº 115 de 09/05/2008, págs. 0088 – 0089.

²³ BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, págs. 28848 a 28872.

²⁴ Un ejemplo de este tipo de canal de distribución puede ser las asociaciones de comerciantes y o profesionales de una zona concreta.

horizontales deberán también de respetar la normativa en materia de defensa de la competencia antes mencionada.

Junto con los criterios de clasificación de los canales de distribución apuntados anteriormente podemos encontrar otros criterios alternativos²⁵, los cuales clasifican los canales de distribución en tradicionales, automatizados²⁶, audiovisuales²⁷ y electrónicos²⁸.

2.4 Los actores en el proceso de distribución comercial.

Como hemos analizado anteriormente, un canal de distribución es el camino que ha de seguir un producto desde un punto de origen hasta su consumo y en cuyo proceso participan diferentes sujetos que se encargan de realizar estas funciones de distribución hasta el consumo final del producto, estos sujetos son el productor, el intermediario o distribuidor y, finalmente, el consumidor. De los anteriores actores en el proceso de distribución comercial cobra mayor importancia la figura de los intermediarios o distribuidores. En este sentido, dichos sujetos pueden definirse de la forma siguiente:

²⁵ MIQUEL PERIS, Salvador, PARRA GUERRERO, Francisca, LHERMIE, Christian, y MIQUEL ROMERO, María José. *Distribución Comercial*, Ed. ESIC, Madrid 2008, pág. 60.

²⁶ Un ejemplo de este tipo de canal de distribución son los Cajeros Automáticos, la distribución de bebidas y comida mediante el método “Vending” o la implantación del pago mediante cajeros automáticos en los aparcamientos.

²⁷ El ejemplo más claro de este tipo de canal de distribución es el de las conocidas “Teletienda” que se anuncian en televisión o el marketing telefónico, este tipo de canal de distribución nació en los años 60 en Estados Unidos y su apogeo en España se ha producido en los últimos 25 años.

²⁸ En este tipo de canal de distribución destaca el auge que los sectores de la hostelería, textil y bancario han tenido en los últimos años. Hoy en día es muy común contratar billetes de avión, hospedaje, servicios bancarios o la compra de productos textiles mediante internet.

- (i) El productor, se trata del primer eslabón de la cadena de distribución, es el encargado de transformar la materia prima en el producto cumpliendo con los estándares de calidad de la industria y responder a las necesidades de los intermediarios y de los clientes o consumidores.

- (ii) El distribuidor, como ya adelantamos anteriormente, por distribuidor debe de entenderse cualquier agente económico que asume activamente una o varias de las funciones de la distribución comercial.

Dentro del concepto de distribuidor se pueden distinguir entre distribuidor-productor y distribuidor-intermediario²⁹.

- a. Por distribuidor-productor, se puede entender a cualquier agente económico que participa en el proceso de distribución realizando tareas de transformación del producto³⁰.

- b. Por distribuidor-intermediario, se puede entender cualquier agente económico que participa en el proceso de distribución sin llevar a cabo ninguna función que suponga la transformación del producto a distribuir. A su vez, dentro de los distribuidores-intermediarios

²⁹ BUESO GUILLÉN, Pedro. *Contratos de Distribución Comercial, Restricciones Verticales de la Competencia y Regla de Razón: Delimitación Conceptual y Tratamiento en el Derecho Comunitario Europeo*. Tesis Doctoral. Dir. LÓPEZ SÁNCHEZ, Manuel-Ángel. Universidad de Zaragoza, 1999, pág. 98.

³⁰ Un ejemplo relevante de distribuidor-productor lo encontramos en el ámbito de la fabricación de vehículos, en el cual los fabricantes de vehículos adquieren piezas y complementos de otros fabricantes para incorporarlos en los vehículos que serán finalmente vendidos a los consumidores finales. En este sentido, es muy conocida la actividad que viene desarrollando en este sector el Grupo Antolín, líder en el sector en España

podemos distinguir entre³¹:

- i. Distribuidor-intermediario no colaborador del productor, son todos aquellos distribuidores que compran los productos para su venta posterior, se distinguen entre distribuidores mayoristas y minoristas.
- ii. Distribuidor-intermediario colaborador del productor, son todos aquellos distribuidores que, sin adquirir los productos del productor, colaboran con éste en la distribución de los mismos. Estos distribuidores-intermediarios que colaboran con el productor pueden realizar funciones de transporte o almacenaje o, en su caso, funciones de intermediación, comisión o agencia. De ahí la relevancia del concepto de no asunción del riesgo que estos distribuidores tienen pues en ningún caso adquieren el producto para su reventa al consumidor.
- (iii) El destinatario final, se trata del destinatario de los bienes y servicios que son objeto del proceso de distribución comercial y el cual puede tratarse o no de un consumidor. Respecto a su inclusión como sujeto participe en el proceso de distribución comercial se plantea la duda de si el destinatario final debe de ser considerado como participe o no del proceso de distribución comercial, en este sentido, quienes apoyan su inclusión como parte del proceso justifican tal calificación atendiendo al hecho de que éste

³¹ MIQUEL PERIS, Salvador, PARRA GUERRERO, Francisca, LHERMIE, Christian, y MIQUEL ROMERO, María José. *Distribución Comercial*, Ed. ESIC, Madrid 2008, págs. 43 - 46.

puede realizar, por serle trasladadas por el productor o el intermediario, parte de las funciones propias de la distribución, de tal manera que puede realizar tareas tales como el transporte o almacenamiento. Quienes argumentan su exclusión del proceso argumentan que no puede ser parte del proceso en tanto en cuanto es el objetivo final del proceso de distribución comercial³².

Identificados los partícipes del proceso de distribución, corresponde ahora analizar las relaciones jurídicas que estos mantienen en dicho proceso y las cuales se desarrollan a través de los contratos de distribución. De esta manera, los contratos de distribución actúan como herramientas canalizadoras de las relaciones entre los partícipes del proceso de distribución, regulando los derechos y obligaciones que una y otra parte asumen.

Siguiendo con lo anterior, en el próximo capítulo analizaremos el estado actual de los contratos de distribución comercial en nuestro sistema legal así como en el comparado más cercano.

³² VÁZQUEZ CASIELLES, Rodolfo y TRESPALACIOS GUTIÉRREZ, Juan Antonio: *Distribución Comercial: estrategias de fabricantes y detallistas*. Ed. Cívitas, Madrid 1997, pág. 33.

II. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL EN EL SISTEMA LEGAL ESPAÑOL Y COMPARADO EUROPEO.

1. Aproximación y propuestas legislativas.

1.1 Razones que justifican el desarrollo de una regulación.

Pese a tratarse de una materia de gran importancia tanto desde el punto de vista económico como jurídico, los contratos de distribución comercial no han tenido la atención necesaria por parte del legislador español o comunitario (a excepción de la legislación en materia de defensa de la competencia), en este sentido, esta falta de atención ha provocado el que no podamos contar a día de hoy con una regulación completa y específica de los contratos de distribución comercial, de tal manera que en la actualidad estos contratos continúan teniendo al CC y al Cco como principales referencias normativas³³.

De esta manera, las razones que justifican la existencia de un régimen normativo general para los contratos de distribución son³⁴: (i) la importancia del sector de la distribución en España que supone un importante porcentaje del PIB español y es un gran generador de empleo; (ii) la abundancia de problemas como consecuencia del desarrollo de la práctica comercial; (iii) la difícil aplicación de la regulación supletoria a las relaciones de distribución, acentuado por su carácter de contratos

³³ Exposición de Motivos nº I del Proyecto de la Ley de Contratos de Distribución. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Proyecto de Ley número 121/000138. 29 de junio de 2011. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

³⁴ ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.166.

atípicos³⁵ y; (iv) por último, la existencia de regulaciones de otros figuras contractuales similares como es el caso del contrato de agencia.

1.2 Propuestas legislativas.

Como consecuencia de lo anterior, en los últimos años en nuestro país han ido surgiendo diversos proyectos e iniciativas legislativas en las que se ha intentado establecer una regulación normativa y un contenido mínimo de los contratos de distribución³⁶.

De esta manera, en el año 2006 la sección de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia elaboró una propuesta de anteproyecto de ley general de contratos de distribución que no llegó a tramitarse, esta propuesta sirvió de base a otro proyecto de igual nombre presentado a las Cortes Generales en el año 2008 e introducía una regulación legal muy completa sobre los contratos de distribución inspirado en gran parte en las reglas contenidas en la Ley del Contrato de Agencia (“LCA”)³⁷.

En sesión de 20 de marzo de 2007 el Congreso de los Diputados encargó al

³⁵ ALTIRRIBA I VIVES, Xavier y CUENCA MÁRQUEZ, Juan. “La distribución comercial: presente, pasado y futuro. Análisis del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil y reciente dictamen 837/2014 del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 4, 2015, págs. 179-194.

³⁶ ALONSO SOTO, Ricardo. “Bases para una futura regulación de los contratos de distribución”. En: *La reforma de los contratos de distribución comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, págs. 51 – 52.

³⁷ ALTIRRIBA I VIVES, Xavier y CUENCA MÁRQUEZ, Juan. “La distribución comercial: presente, pasado y futuro. Análisis del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil y reciente dictamen 837/2014 del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 4, 2015, págs. 179-194.

Gobierno, mediante proposición no de ley (presentada por el Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió), realizar un análisis de la situación existente en el ámbito de los contratos de distribución comercial a los efectos de llevar a cabo las modificaciones legislativas que pudieran resultar pertinentes³⁸.

En el año 2008 fue promovida mediante iniciativa legislativa popular encabezada por la Federación de Concesionarios de Automoción (FACONAUTO) una Proposición de Ley de Contratos de Distribución que sin embargo no alcanzó el número de 500.000 firmas de electores requerido por la legislación vigente para prosperar³⁹. Esta proposición de ley conocida como el “Proyecto de Ley Alternativo”, es un texto muy similar al elaborado por la Comisión de Codificación del año 2006 antes mencionado, salvo por algunos artículos referidos a las obligaciones del proveedor y del distribuidor⁴⁰.

Posteriormente, en el año 2009, la Dirección General de Política Comercial, dependiente del Ministerio de Comercio e Industria elaboró un informe sobre la problemática de los contratos de distribución tras la consulta y análisis de los potenciales sectores afectados y se remitió al Congreso de los Diputados en febrero

³⁸BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 533, de 29 de marzo de 2007.

La referida proposición no de Ley fue la siguiente: “*El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a analizar, con audiencia de los sectores interesados, la problemática de los contratos de distribución comercial y a proponer en su caso las modificaciones legislativas pertinentes, con el fin de evitar situaciones contractuales de abuso y de promover la seguridad jurídica de los operadores económicos en el mercado de distribución de bienes y servicios, con especial atención a la naturaleza de pequeñas y medianas empresas que intervienen en el mismo*”

³⁹ Proposición de Ley de contratos de distribución (corresponde al número de expediente 120/000012/0000 de la VIII Legislatura). (120/000001) Presentado el 01 de abril de 2008, calificado el 7 de abril de 2008. Autor. Don Blás Vives Soto y otros. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-2 de 11 de abril de 2008.

⁴⁰ ALONSO SOTO, Ricardo. “El Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución”. En: *Los Contratos de Distribución Comercial: Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 35.

de 2009. En este informe se desarrolla un análisis de diversos sectores en los que se observa la situación de la distribución y se ponen de relieve los principales aspectos de su problemática⁴¹. El informe analiza cada uno de los problemas particulares que contiene cada sector analizado y las dificultades que puede haber de una unificación en una ley sectorial.

Seguidamente, por un lado, en marzo de 2010 se publica en el BOE la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, aprobada para la adaptación a la Directiva de Servicios y que introduce la disposición adicional undécima de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista⁴², la cual imponía un mandato al Gobierno para establecer la regulación del sector de la distribución, al disponer expresamente que se debía de establecer un régimen jurídico de los contratos de distribución comercial⁴³.

Por otro lado, en marzo de 2011, se publica en el BOE la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible que modificaba la LCA estableciendo en su Disposición Adicional Primera una regulación con finalidad transitoria hasta la aprobación de

⁴¹ Gobierno de España. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Secretaría de Estado de Comercio. Dirección General de Política Comercial. Informe sobre la problemática de los contratos de distribución. Marzo 2009.

⁴² Informe sobre la problemática de los contratos de distribución elaborado por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Secretaría de Estado de Comercio. Dirección General de Política Comercial. Marzo de 2009.

⁴³ “Disposición adicional undécima. Régimen jurídico de los contratos de distribución comercial.

A los efectos de aplicación de las normas contempladas por la Directiva Europea 2006/123/CE y con el fin de eliminar barreras administrativas en la prestación de servicios, y dadas las circunstancias especiales del sector y de otros que se recogen en el informe sobre problemática de los contratos de distribución de marzo de 2009 del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio que ha elaborado el Gobierno, éste procederá a regular el régimen jurídico de los contratos de distribución comercial.”

una Ley reguladora de los contratos de distribución en la que el régimen jurídico del contrato de agencia previsto en la LCA se aplicaría a los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales y cuya aplicación fue suspendida por la Disposición Final cuarta de la Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública⁴⁴.

Así, como consecuencia del mandato establecido en la Disposición Adicional undécima de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, el 29 de junio de 2011 se presentó para su tramitación parlamentaria el PLCD, que tenía como objetivo:

- (i) En primer lugar, mejorar la transparencia del sector de la distribución y fomentar su competitividad, incidiendo en el equilibrio entre los contratantes.
- (ii) En segundo lugar, instaurar una cultura de colaboración, diálogo y mediación ante los conflictos que disminuya la conflictividad reinante en el

⁴⁴ ALTIRRIBA I VIVES, XAVIER. La distribución comercial: presente, pasado y futuro. Análisis del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil y reciente dictamen 837/2014 del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Código Mercantil. Revista Aranzadi Doctrinal nº 4/2015, pág. 179.

Disposición adicional primera de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, que establece en su apartado primero:

“1. Hasta la aprobación de una Ley reguladora de los contratos de distribución, el régimen jurídico del contrato de agencia previsto en la presente Ley se aplicará a los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales, por los que una persona natural o jurídica, denominada distribuidor, se obliga frente a otra, el proveedor, de manera continuada o estable y a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio de estos productos por cuenta y en nombre de su principal, como comerciante independiente, asumiendo el riesgo y ventura de tales operaciones.”

sector acudiendo a mecanismos de tutela en caso de desequilibrio de las posiciones de los contratantes o de constatación de conductas desleales.

- (iii) Y, en tercer lugar, establecer reglas de contratación claras, transparentes y eficaces para todo el sector, que ofrezcan un régimen supletorio mínimo ante la ausencia de previsión contractual por las partes.

Sin embargo, pese a que el Consejo de Ministros remitió a las Cortes Generales de España el PLCD, su tramitación parlamentaria no llegó a su fin.

Años más tarde, la regulación de los contratos de distribución comercial volvió a estar en la agenda a través de la PCM elaborada por la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación dependiente del Ministerio de Justicia de fecha 17 de junio de 2013 y que introducía una regulación bastante extensa de los contratos de distribución comercial. En particular, la PCM pretendía, entre otros, la sustitución del actual Cco de 1885 por una regulación más adecuada a la realidad económica y comercial del país⁴⁵.

Los objetivos que se persiguen con esta propuesta de nueva regulación consistían en hacer efectiva la unidad de mercado y otorgar una mayor seguridad jurídica a las actividades comerciales, situando a estos como los pilares fundamentales del

⁴⁵ La Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, recibió el 7 de noviembre de 2006, el encargo de elaborar un nuevo Código de Comercio del entonces Ministro de Justicia, Juan Fernando López Aguilar. Con cerca de 1.900 artículos, recopila e integra en un único texto prácticamente toda la legislación mercantil e incorpora materias que hasta ahora carecían de regulación legal.

anteproyecto⁴⁶.

Entre otras cuestiones, la PCM pretendía la regulación de los contratos de distribución, más concretamente en su Capítulo III del Título IV se establecía una regulación bastante completa del contenido de estos contratos y además establecía una clasificación de los mismos, distinguiendo entre; i) el contrato de compra en exclusiva, ii) el contrato de venta en exclusiva, iii) el contrato de distribución autorizada, iv) el contrato de distribución selectiva, v) el contrato de concesión mercantil y vi) el contrato de franquicia.

No obstante, el 30 de mayo de 2014, tras recibir el correspondiente informe del entonces Ministro de Justicia, D. Alberto Ruíz-Gallardón, el Consejo de Ministros dio luz verde a la PCM, convirtiéndolo en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (el “ALCM”)⁴⁷ y cuyo texto finalmente aprobado por el Consejo de Ministros, aunque no tramitado por conclusión de la legislatura, carecía de regulación legal para los contratos de distribución.

Finalmente, en el mes de marzo de 2018 la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación dependiente del Ministerio de Justicia pública la PALCM emitida tras el dictamen que del ALCM realizó el Consejo de Estado⁴⁸ y en la cual se recupera la regulación de los contratos de distribución con algunas

⁴⁶ Exposición de Motivos de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación dependiente del Ministerio de Justicia. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2013. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

⁴⁷ Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. Ministerio de Justicia. Ministerio de Economía y Competitividad. 29 de enero de 2015. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

⁴⁸ Dictamen del Consejo de Estado de fecha 29 de enero de 2015. Ref. 837/2014.

modificaciones respecto de la regulación prevista en el PCM, modificaciones que fueron propuestas por las asociaciones empresariales de los sectores afectados⁴⁹.

En particular, en dicho dictamen el Consejo de Estado considera injustificada la eliminación de la regulación de los contratos de distribución que incluía la PCM y que fue eliminada en el texto del ALCM, concretamente, el Consejo de Estado profundiza en la necesidad de mantener dicha regulación a los efectos de dotar de mayor seguridad jurídica las relaciones de distribución entre los comerciantes así como sobre la base de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha subrayado en varias ocasiones la necesidad de contar con una regulación en materia de contratos de distribución⁵⁰.

Así, a día de hoy contamos nuevamente con una propuesta de regulación de los contratos de distribución comercial en nuestro ordenamiento, la cual, si bien no es todo lo exhaustiva que cabría esperar dadas las pretensiones que planteaba la PCM, sin duda es un paso decidido por establecer en el ordenamiento jurídico español un marco jurídico propio de los contratos de distribución comercial y, por ende, del propio contrato de distribución en exclusiva.

2. Otras normas a considerar: Legislación sobre el comercio y defensa de la competencia.

No obstante el análisis de los diferentes intentos de regular los contratos de

⁴⁹ Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

⁵⁰ Entre otras, STS de 12 de junio de 1999, Sala de lo Civil, Rec. n.º 4398/1997 (RJ 1999/4292).

distribución comercial en nuestro ordenamiento, conviene, por su relevancia en el sector de la distribución, identificar la normativa existente en materia de comercio y defensa de la competencia aplicable en España y, en particular, la emitida en el ámbito comunitario, nacional y autonómico, todo ello con el objetivo de identificar aquellas normas que son aplicables en el marco de la distribución de bienes y servicios.

Dicho lo anterior, al respecto de la normativa comunitaria sobre defensa de la competencia subrayamos los artículos 101 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵¹ y los reglamentos que los desarrollan, en este sentido destacamos;

- (i) Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Prohíbe los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.
- (ii) Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Prohíbe el abuso de una posición dominante.
- (iii) Artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Prohíbe las ayudas de Estado.

En el ámbito nacional en materia de defensa de la competencia destaca la Ley

⁵¹ Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE 30 de marzo de 2010, C 83/47.

15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia⁵². En este sentido, hay que resaltar que hasta la creación de los Juzgados de lo Mercantil, la jurisdicción civil habitualmente no entraba a juzgar materias de defensa de la competencia aplicables a contratos de distribución pues se consideraban no competentes para aplicar dicha normativa⁵³, esta situación quedó definitivamente zanjada por la Disposición Adicional primera de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, que atribuyó a los juzgados de lo mercantil la competencia para conocer las cuestiones de orden jurisdiccional civil que se plantearan en torno a la aplicación de los artículos 1 y 2 de la Ley de defensa de la competencia relativos a la prohibición de la realización de prácticas colusorias o de abuso de posición dominante por parte de los operadores de mercado⁵⁴.

Por otro lado, en lo que respecta a la normativa comunitaria en materia de protección de los consumidores y usuarios, relevante a nuestro juicio dada la consideración del consumidor en múltiples ocasiones como destinatario final de la cadena de distribución, se han aprobado multitud de directivas que abarcan una gran variedad de cuestiones que les afectan⁵⁵, entre otras, materias tales como; (i) el régimen de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores⁵⁶; (ii) contratos a

⁵² Ley que tuvo como objeto la reforma del sistema español de defensa de la competencia.

⁵³ Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE Nº. 159, 4 de julio de 2007.

⁵⁴ ALONSO SOTO, Ricardo. “Los Contratos de Distribución Comercial en la Propuesta de Código Mercantil.” *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*. Nº 14, Ed. La Ley, Madrid 2014, pág. 24.

⁵⁵ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. “La protección de los consumidores en la CEE”. *Estudios sobre consumo*. Nº. 17, 1990, págs. 94 – 111.

⁵⁶ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. DOCE 21 de abril de 1993. L 95/29.

La Directiva 93/13/CEE ha sido recientemente modificada en virtud de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/

distancia⁵⁷; (iii) régimen de garantía en la venta de bienes de consumo⁵⁸; (iv) comercio electrónico⁵⁹; (v) comercialización a distancia de servicios financieros⁶⁰; (vi) contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y adquisición de productos vacacionales⁶¹; (vii) crédito al consumo⁶²; y (viii) viajes combinados⁶³,

CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. DOUE de 18 de diciembre de 2019. L 328/7. Entre otros, la modificación operada por la Directiva (UE) 2019/2161 tiene como objetivo el establecimiento de un sistema sancionador común a todos los países miembros de la Unión Europea en materia de protección de consumidores y usuarios.

GÓMEZ LOZANO, María del Mar. “Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/ CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión [DOUE, L n.º 328, de 18-XII-2019]”. *Ars Iuris Salmanticensis AIS: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*. Vol. 8, nº 1, 2020, págs. 240 – 244.

⁵⁷ Directiva 97/7/CE del PE y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. DOCE 4 de junio de 1997. L 144.

⁵⁸ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. DOCE 7 de julio de 1999. L 171/12.

⁵⁹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). DOCE 17 de julio de 2000. L 178/1.

⁶⁰ Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE. DOCE 9 de octubre de 2002. L 271/16.

⁶¹ Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio. DOUE 3 de febrero de 2009. L 33/10.

⁶² Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. DOUE 22 de mayo de 2008. L 133/66.

⁶³ Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo. DOUE 11 de diciembre de 2015. L 326/1.

entre otras.

A nivel nacional debemos de tomar en consideración las diferentes normas sobre protección y defensa de los consumidores y usuarios que fueron aprobadas en gran parte como consecuencia de la trasposición de las anteriores Directivas Europeas y las cuales gran parte de ellas se encuentran derogadas actualmente⁶⁴ pues se han incluido en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007⁶⁵.

Asimismo, en lo que respecta a la normativa sobre ordenación del comercio,

Junto a todas las anteriores Directivas comunitarias hay que destacar asimismo la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la cual procede a derogar la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al tiempo que modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

Dicha Directiva ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento nacional mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. (BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014).

⁶⁴ Entre otras; (i) Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios; (ii) Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles; (iii) Ley 21/1995, de 6 de julio, Reguladora de los Viajes Combinados; (iv) Ley 7/1996, de 15 de enero de 1996, de Ordenación del Comercio Minorista; (v) Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; (vi) Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico; (vii) Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico; y (viii) Ley 23/2003 de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

⁶⁵ Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. (BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014).

relevante igualmente a los efectos del estudio de los contratos de distribución⁶⁶, debemos de tomar en consideración la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista que tiene como objetivos fundamentales el establecer unas reglas de juego uniformes en el sector de la distribución y regular nuevas fórmulas contractuales y, en general ser la base para la modernización de las estructuras comerciales españolas, contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, al mantenimiento de la libre y

⁶⁶ La normativa sobre ordenación del comercio minorista está intrínsecamente relacionada con la distribución comercial, en este sentido, debe de destacarse la propia exposición de motivos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista o el propio artículo 62 al regular el régimen de la franquicia:

“Exposición de Motivos

[...] La economía española precisa, para su adecuado funcionamiento, un sistema de distribución eficiente, que permita asegurar el aprovisionamiento de los consumidores con el mejor nivel de servicio posible y con el mínimo coste de distribución. Para alcanzar este objetivo, es preciso que el mercado garantice la óptima asignación de los recursos a través del funcionamiento de la libre y leal competencia. [...]”

“Artículo 62. Regulación del régimen de franquicia.

1. La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.

2. Con una antelación mínima de 20 días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias.”

Además, debemos de tomar en consideración que es la propia Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en donde se introduce en su disposición adicional undécima el mandato al Gobierno para establecer la regulación del sector de la distribución, al disponer expresamente que se debía de establecer un régimen jurídico de los contratos de distribución comercial.

leal competencia⁶⁷.

Junto con la Ley de Ordenación del Comercio Minorista entró en vigor de manera complementaria la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, la cual facultaba a las Comunidades Autónomas para regular los horarios de apertura y cierre de los locales comerciales, la determinación de los domingos y festivos en que se podrán abrir los establecimientos comerciales, declaración de zonas de interés turístico, etc. Destaca que dicha Ley Orgánica fue posteriormente sustituida por la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales.

Finalmente, en el ámbito autonómico, la totalidad de las Comunidades Autónomas de España han aprobado regulaciones en materia de comercio interior cuya ámbito geográfico de aplicación se limita únicamente a la Comunidad Autónoma en cuestión⁶⁸.

⁶⁷ Exposición de Motivos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista publicada en el Boletín Oficial del Estado el 17 de enero de 1996. DOUE 11 de diciembre de 2015. L 326/1.

⁶⁸ Se listan a continuación las normas en materia de comercio aprobadas por cada comunidad autónoma:

Andalucía	Decreto Legislativo 1/2012, de 21 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de comercio de Andalucía.
Aragón	Ley 4/2015, de 25 de marzo, de Comercio de Aragón.
Islas Baleares	Ley 11/2014, de 15 de octubre, de comercio de las Illes Balears.
Islas Canarias	Decreto Legislativo 1/2012, de 21 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación de Actividad Comercial de Canarias y Reguladora de la licencia comercial.
Cantabria	Ley 1/2002, de 26 de febrero, del comercio de Cantabria.
Castilla-La Mancha	Ley 2/2010, de 13 de mayo, de comercio de Castilla la Mancha.
Castilla y León	Decreto Legislativo 2/2014, de 28 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Comercio de Castilla y León.
Cataluña	Ley 18/2017, de 1 de agosto, de comercio, servicios y ferias.
Comunidad Valenciana	Ley 3/2011, de 23 de marzo, de Comercio de la Comunidad Valenciana.

3. El Proyecto de Ley de Contratos de Distribución y su influencia sobre la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

3.1 Desarrollo del Proyecto de Ley de Contratos de Distribución.

El contrato de distribución en España es un contrato atípico por lo que han sido los tribunales y la propia práctica los que lo han desarrollado⁶⁹, de esta manera, para su regulación e interpretación hay que acudir al régimen general de obligaciones y contratos contenido en el CC y en el Cco, así como, según los casos y respecto de determinados aspectos, a la LCA⁷⁰. Todo ello, sin perjuicio de la aplicabilidad a estos contratos de la normativa en materia de defensa de la competencia.

Al carecer los contratos de distribución de una regulación propia se produce el

Extremadura		Ley 3/2002, de 9 de mayo, de comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
Galicia		Ley 13/2010, de 17 de diciembre, de comercio interior de Galicia.
Comunidad Madrid	de	Ley 16/1999, de 29 de abril, de comercio interior de la Comunidad de Madrid.
Región de Murcia		Ley 11/2006, de 22 de diciembre, sobre régimen del comercio minorista
Comunidad Foral de Navarra		Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio en Navarra.
País Vasco		Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la actividad comercial.
Principado de Asturias	de	Ley 9/2010, de 17 de diciembre, de comercio interior.
La Rioja		Ley 3/2005, de 14 de marzo, de ordenación de la actividad comercial y las actividades feriales en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

⁶⁹ ZURITA HERRERA, Pedro. “Duración y extinción del contrato de distribución en el Proyecto de Ley del Contrato de Distribución”. *Revista de Derecho Patrimonial*. Ed. Aranzadi, N° 29, 2012, pág. 363.

⁷⁰ CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “El contrato de distribución comercial: ¿en el “futuro” Código mercantil o en una ley especial?” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1247-1261.

efecto de multiplicar y agravar los conflictos que se puedan dar entre las partes, siendo los aspectos más discutidos y donde se ocasionan los mayores conflictos interpretativos en lo referente a la terminación del contrato⁷¹.

Así, en el informe de marzo de 2009 sobre la problemática de los contratos de distribución emitido por la Dirección General de Política Comercial, dependiente de la Secretaría de Estado de Comercio, se llegó a plantear la idea de crear un organismo de arbitraje institucional integrado tanto por la Administración Pública como por los agentes económicos que conforman el sector y que sirviese para solucionar los conflictos ocasionados a fin de evitar acudir a la vía judicial⁷².

A esto hay que añadir los problemas que encuentran los profesionales respecto a asuntos procesales, puesto que la disparidad de normativa por materias y sectores hace que en algunas ocasiones el juez competente pueda ser el de primera instancia y en otras ocasiones el de lo mercantil⁷³.

El informe de 2009 de la Dirección General de Política Comercial antes citado, después de analizar los problemas de diversos sectores llega a la conclusión que de aprobarse una normativa específica sobre los contratos de distribución sería

⁷¹ ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1165.

⁷² Gobierno de España. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Secretaría de Estado de Comercio. Dirección General de Política Comercial. Informe sobre la problemática de los contratos de distribución. Marzo 2009, pág. 83.

⁷³ ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor. “Problemas de política Jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N °10, 2012, pág. 54.

conveniente que se abordara la regulación de las siguientes cuestiones comunes⁷⁴:

- (i) La posición de igualdad de las partes a la hora de negociar las condiciones contractuales.
- (ii) La formalización del contrato por escrito.
- (iii) La existencia de una fase precontractual en la que se informase al distribuidor de sus derechos y obligaciones ante de integrarse en la red comercial.
- (iv) El respeto a la voluntad de las partes a la hora de negociar una modificación de las condiciones contractuales pactadas.
- (v) La limitación de la posibilidad de efectuar ventas directas por el proveedor o fabricante y la prohibición de efectuarlas a un precio inferior que su distribuidor.
- (vi) La necesidad de preavisar con un plazo razonable la resolución unilateral del contrato y de indemnizar por conceptos como el fondo de comercio.

De esta manera, tal y como ya expusimos, en los últimos años se han realizado diversos proyectos normativos en los que se ha intentado establecer una regulación normativa y un contenido mínimo de los contratos de distribución. Estos intentos normativos se basan en dotar a este tipo de contratos de una regulación positiva,

⁷⁴ Gobierno de España. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Secretaria de Estado de Comercio. Dirección General de Política Comercial. Informe sobre la problemática de los contratos de distribución. Marzo 2009, pág. 74.

dando así cumplimiento al mandato contenido en la disposición adicional undécima de la Ley 7/1996 de ordenación del comercio minorista y en la disposición adicional primera de la LCA, introducida por la Ley 2/2011 de economía sostenible⁷⁵.

En este sentido, el PLCD nace como una evolución de ciertos proyectos previos y para dar cumplimiento a una serie de mandatos normativos.

Llama la atención que el primer problema que se tuvo que afrontar a la hora de abordar el desarrollo del PLCD era desde donde debía partir la iniciativa legislativa, pues si se consideraba una regulación general de carácter mercantil, la iniciativa debía partir del Ministerio de Justicia, mientras que si se entendía que constituía una materia típica de comercio interior, la competencia correspondía al Ministerio de Comercio e Industria. Finalmente, sería el Ministerio de Justicia el que se encargaría de la elaboración del proyecto al tratarse de una regulación de derecho privado y de carácter mercantil de la que partió el proyecto⁷⁶.

El PLCD recibió críticas de parte de la Comisión Nacional de la Competencia, en su Informe IPN 58/11105 consideró que el contenido del mismo era demasiado detallista, por lo que podía suponer una restricción injustificada a la libertad de empresa y de pactos, a la vez que se intentaba equilibrar el poder negociador de las partes lo que podría dar lugar a una menor flexibilidad a la hora de configurar la red

⁷⁵ ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1163-1175.

⁷⁶ ALONSO SOTO, Ricardo. “El Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución”. En: *Los Contratos de Distribución Comercial: Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 34 y ss.

de distribución⁷⁷.

No obstante, el PLCD nunca fue aprobado, el Consejo de Ministro lo remitió a las Cortes a finales del mes de junio de 2011 y su tramitación parlamentaria no llegó a su fin, a pesar de que fueron 12 veces en las que fue acordada la prórroga del proyecto.

El adelanto de las elecciones y la consecuente disolución de las Cámaras el 27 de septiembre de 2011 hizo, entre otras causas, que el PLCD no llegase nunca a aprobarse⁷⁸.

Posteriormente, en la X Legislatura se lleva a cabo la Proposición de Ley 122/000008 de Ley de Contratos de Distribución, de contenido idéntico al PLCD y que lo intentó rescatar. Esta iniciativa fue presentada el 13 de diciembre, siendo admitida a trámite el 21 de diciembre de 2011 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales desde esa fecha hasta el 27 de diciembre. La Contestación del Gobierno se produce entre el 27 de diciembre y el tres de marzo de 2012. El Pleno toma en consideración el contenido de la misma desde el tres de marzo hasta el 17 de octubre de 2015 en que se disuelven las Cortes y por tanto otra vez no llega a conformarse como ley.

Pese a que el PLCD nunca llegara a aprobarse, es indiscutible la influencia que ha

⁷⁷ CRUZ RIVERO, Diego. “La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. El proyecto de Ley de contratos de distribución y la propuesta de Código Mercantil.” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.287.

⁷⁸ ARRUÑADA PARDO, María. “No habrá Ley de Contratos de Distribución (por ahora)”. *Boletín Mercantil*, Nº 7, Albiñana & Suárez de Lezo, Julio-Octubre 2011, pág. 23.

tenido en la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación dependiente del Ministerio de Justicia para el desarrollo de la regulación de los contratos de distribución comercial en la propia PALCM.

Así, esta influencia del PLCD sobre la PALCM podemos confirmarla en aspectos tales como la propia estructura de la regulación, los tipos de contratos de distribución que son objeto de regulación o incluso en el régimen de extinción del contrato, el cual, si bien con ciertas diferencias, son innegables las similitudes entre una y otra propuestas de regulación.

De esta manera, la estructura normativa del PLCD se compone de 30 artículos distribuidos en cinco títulos; (i) Disposiciones generales; (ii) Formación del contrato, (iii) Contenido del contrato; (iv) Duración y extinción del contrato y; (v) Disposiciones sobre algunas modalidades contractuales.

De acuerdo con lo anterior, a continuación procederemos a realizar un breve análisis del contenido del PLCD, lo que nos permitirá posteriormente identificar las diferencias entre ambas propuestas normativas.

3.2 Disposiciones generales.

El título I del PLCD referente a disposiciones generales está compuesto por los artículos 1 a 5, consistiendo el artículo 1 en el establecimiento de una definición del concepto de los contratos de distribución, el cual los define como aquellos contratos, cualquiera que sea su denominación, que tengan por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obliga frente a la otra, denominada proveedor, a realizar actos u operaciones de comercio

consistentes o relacionadas con la venta de productos, prestación de servicios o la combinación de ambos, de manera continuada o estable, actuando como empresario independiente y asumiendo el riesgo y ventura de tales operaciones⁷⁹.

Como podemos comprobar de la definición utilizada, la asunción del riesgo en las operaciones por parte del distribuidor resulta esencial para definir el concepto de los contratos de distribución, aspecto que los diferencia de otras figuras contractuales como es el contrato de agencia.

El PLCD fija su campo de aplicación en aspectos y materias ya regulados por otras legislaciones, teniendo como referencia el contrato de agencia y su regulación⁸⁰, en este sentido, el PLCD opta por dotar de carácter imperativo a las normas contenidas en el mismo, a fin de tener un régimen supletorio y clarificador de materias que hubieran sido omitidas por las partes a la hora de formalizar su relación

⁷⁹ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. “Formación del Contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución.” En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 302.

⁸⁰ Según ARRUÑADA PARDO: “*el Proyecto está lleno de normas que carecen de contenido prescriptivo y que se limitan a describir o a reproducir el contenido de otras, por lo que muchos de sus artículos resultan superfluos. Por el contrario, acierta al regular tópicamente, es decir, por materias y no por tipos contractuales.*”

ARRUÑADA PARDO, María. “Publicado en el BOCG el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución”. *Boletín Mercantil*, nº 6, Albiñana & Suárez de Lezo, Abril-Junio 2011.

En cambio, para CANDELARIO MACÍAS “*la fórmula empleada es la de ofrecer una regulación minuciosa (e incluso excesiva) y el “olvido” de temas tan cruciales como la remisión a normativa general existente como es el caso, de la legislación sobre competencia*”.

CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “El contrato de distribución comercial: ¿en el “futuro” Código mercantil o en una ley especial?” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1.247 – 1.261.

contractual⁸¹.

Al igual que ocurre en la PALCM, las principales modalidades contractuales de contratos de distribución contempladas en el PLCD son: el contrato de compra en exclusiva, el contrato de venta en exclusiva, distribución autorizada, distribución selectiva, concesión mercantil y franquicia⁸².

Debe de destacarse que las modalidades de contratos de distribución previstas en el PLCD no tienen el carácter de lista cerrada, pues, tal y como establece el propio PLCD, deja abierta la posibilidad de que otras modalidades de distribución puedan quedar sometidas a las normas establecidas en el PLCD. Evidentemente, será necesario para que dicha relación de distribución pueda someterse al PLCD el que exista una relación de distribución encuadrable dentro del concepto de distribución establecido en el PLCD.

Asimismo, en el PLCD, al igual que ocurre en la PALCM, se excluyen modalidades contractuales, siendo los tipos excluidos más amplios en el PLCD que en la PALCM, en particular, se excluían de la aplicación del PLCD; el contrato de agencia, las modalidades de distribución que comporten vinculación laboral entre el proveedor y la persona encargada de distribuir los productos, los meros contratos de suministro o abastecimiento, los contratos de transferencia de tecnología que no impliquen la imposición de sistemas de comercialización de productos o servicios,

⁸¹ ALONSO SOTO, Ricardo. “Los Contratos de Distribución Comercial en la Propuesta de Código Mercantil.” *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*. Nº 14, Ed. La Ley, Madrid 2014, págs. 13-24.

⁸² PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. “Formación del Contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución.” En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 303.

los contratos de servicios de logística, transporte de mercancías, almacenaje y tratamiento de las mercancías y sus residuos que no se hayan integrado en un sistema de comercialización completo, los contratos de comercialización de productos o servicios financieros y seguros, los contratos entre empresas que suministran agua, electricidad, gas y otros sectores regulados por una normativa específica, los acuerdos entre las partes relativos a la distribución de medicamentos y productos sanitarios, que se rigen por una ley específica y cualquier modalidad llevada a cabo entre consumidores o destinatarios finales⁸³.

Además de la buena fe y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 4 del PLCD, los principios reguladores de esta normativa son el principio de libertad de pactos, colaboración, igualdad de trato entre las partes e interés mutuo⁸⁴.

3.3 Formación del contrato.

En lo que a la formación del contrato se refiere, ésta se encuentra comprendida en el Título II, en el cual los artículos 6 a 9 del PLCD ponen especial énfasis en la fase precontractual puesto que suele ser en esta fase donde tienen su origen los diferentes problemas interpretativos acerca del contenido y cláusulas del contrato al ser una fase donde se establecen las pautas del mismo. Para evitar este problema, de entre los deberes precontractuales se encuentra la obligación de las partes de entregarse mutuamente toda la información necesaria para que puedan obligarse con

⁸³ ALONSO SOTO, Ricardo. “El Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución”. En: *Los Contratos de Distribución Comercial: Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 38-41.

⁸⁴ ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor. “Problemas de política Jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N °10, 2012, pág. 24 y ss.

conocimiento de causa en la celebración del contrato de distribución de que se trate⁸⁵.

De forma específica se deben guardar los principios de buena fe contractual y confidencialidad de la información que hubieran obtenido. Es por ello que incluso se establece una responsabilidad por mala fe para el caso de que el contrato se haya estado negociando durante un tiempo y finalmente no se lleve a efecto porque alguna de las partes haya decidido romper injustificadamente las negociaciones previas⁸⁶.

El PLCD en su artículo 8 establece que los contratos deben formalizarse por escrito, así como sus posteriores modificaciones, de tal manera que el que se abandone la libertad de forma en esta modalidad contractual se debe a una necesidad contrastada puesto que es considerada como una medida necesaria para evitar diversas prácticas desleales⁸⁷.

En el caso de que no se hubiera formalizado el acuerdo por escrito por alguna causa

⁸⁵ RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. “Deberes precontractuales de información (A propósito del régimen propuesto en el Proyecto de Ley de contratos de distribución de 29 de junio de 2011)”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, págs. 139-172; ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor. “Problemas de política Jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N °10, 2012. pág. 43 y ss.

⁸⁶ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. “Formación del Contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución.” En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 315.

⁸⁷ ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor. “Problemas de política Jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N °10, 2012, pág. 26.

imputable a una de las partes, corresponde a ésta probar la existencia de las condiciones contractuales que se diferencian de todo lo que no se encontraba regulado en el PLCD.

Pese a ello, no se considera un contrato formal y se le da mayor valor a lo contenido en el contrato que lo que establezca la ley. Quizás esta regulación pecaba de un sentir liberal en el que las partes acordaban las diferentes cláusulas de mutuo acuerdo en igualdad y omitiendo de manera deliberada que en la realidad se contenían una serie de cláusulas abusivas o un trato favorable a una de las partes. No obstante, para el caso de que se hubieran utilizado en un contrato condiciones generales de la contratación, la parte predisponente estará a los dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones general de la contratación.

3.4 Contenido del contrato.

En cuanto al contenido del contrato, se establece en el Título III del PLCD, artículos 10 a 20, un catálogo de obligaciones y derecho de las partes, teniendo como principio inspirador la buena fe⁸⁸.

La regulación que del contenido del contrato de distribución se realiza en el PLCD es bastante exhaustiva, estableciéndose un amplio catálogo de obligaciones y derechos para cada una de las partes, cuestión que no ha sido compartida por nuestra doctrina⁸⁹ o incluso por nuestra autoridad de defensa de la competencia en su

⁸⁸ ALONSO SOTO, Ricardo. “El Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución”. En: *Los Contratos de Distribución Comercial: Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 43.

⁸⁹ CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “El contrato de distribución comercial: ¿en el “futuro” Código mercantil o en una ley especial?” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS,

informe IPN 58/11105 de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 15 de junio de 2011 y que consideraba que el PLCD en muchos aspectos contradecía la normativa sobre defensa de la competencia española y comunitaria⁹⁰.

En primer lugar, el artículo 10 del PLCD establece determinadas obligaciones de información para el proveedor y el distribuidor. Así, mientras que el proveedor se obliga a suministrar al distribuidor toda la información comercial y técnica de la red de distribución, incluidos los precios y tarifas del suministro así como cualquier inconveniente que afecten a la distribución, el distribuidor está obligado a comunicar al proveedor cuanto antes de cualquier circunstancia que pueda afectar a la imagen, prestigio, o salvaguarda de la propiedad industrial o intelectual o al acceso de los consumidores a sus productos o servicios del distribuidor.

El artículo 11 del PLCD regula los objetivos comerciales y establece que los mismos deberán de fijarse sobre la base de las necesidades de abastecimiento del mercado que sean razonablemente previsibles en cada momento. Asimismo, exige del proveedor el mantener a disposición de sus distribuidores en las condiciones convenidas los productos objeto de distribución, de tal manera que si algún distribuidor le exige un suministro superior al pactado en el contrato, el proveedor no vendrá obligado a cumplir con dicho pedido.

Seguidamente el PLCD regula en su artículo 12 la obligación del distribuidor de compra mínima, en virtud de la cual las partes fijan el régimen de

María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1.247 – 1.261.

⁹⁰ Informe IPN 58/11105 de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 15 de junio de 2011 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución. Se puede consultar su contenido en www.cnmc.es.

aprovisionamiento y stock de los productos, siendo uno de los aspectos más problemáticos de la relación de distribución. En este sentido, conforme a lo establecido en el PLCD, el proveedor no puede obligar al distribuidor a la compra de lotes o series de suministros de productos no requeridos, salvo en aquellos casos en los que el contrato sea de distribución selectiva.

Debe de destacarse que la regulación de las obligaciones de compra mínima ha sufrido importantes variaciones en la PALCM respecto del texto propuesto en el PLCD, y ello porque las limitaciones que imponía el PLCD a este tipo de obligaciones suponía, a nuestro juicio, una limitación fundamental para el correcto desarrollo de la red de distribución del proveedor. Además, estas limitaciones no estarían justificadas desde el punto de vista de la normativa de defensa de la competencia por cuanto se trata de restricciones verticales permitidas⁹¹.

El artículo 13 del PLCD regula los pactos de exclusividad territorial, los cuales se deben de establecer dentro de los límites de la normativa de defensa de la competencia. Si se establece una cláusula de exclusividad territorial a favor de un distribuidor éste debe delimitar con precisión el área o zona geográfica asignada ya que en caso de duda se entiende de forma extensible.

El pacto de exclusividad territorial debe definir con precisión las afecciones al derecho de establecimiento de otros locales o de traslado del local. En el caso de atribuirse al distribuidor clientelas estimadas por criterios demográficos, tiempos o distancias de acceso al establecimiento o cálculos similares deberá concretar su afección sobre el derecho de establecimiento y la capacidad para realizar campañas

⁹¹ Informe IPN 58/11105 de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 15 de junio de 2011 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución. Se puede consultar su contenido en www.cnmc.es.

de publicidad del distribuidor o se entenderá que dichas restricciones no existen⁹².

La atribución de una zona geográfica de forma exclusiva para la comercialización de determinados bienes o servicios no impide la venta a adquirentes procedentes de otras zonas geográficas salvo que dichos impedimentos vengan establecidos por normas de defensa de la competencia.

Conforme a lo previsto en el artículo 14 del PLCD, el proveedor puede reservarse el derecho de realizar ventas directas, pero debe preverlo en el contrato. El proveedor no puede prohibir al distribuidor el acceso a la venta por internet salvo que se den motivos de salud o seguridad de los consumidores. A pesar de esto, se puede establecer en pactos que tengan carácter de condiciones necesarias, siempre que no sean discriminatorias ni desproporcionadas, con la excepción que se quieran mantener niveles de calidad y protección de la marca y prestigio del sistema de distribución. No se pueden restringir en base a estas por medios directos o indirectos el acceso de los destinatarios finales a la página o a los productos del distribuidor, denegar el suministro a los destinatarios finales por razón de su procedencia o se impongan precios superiores a la venta de forma presencial.

El que el proveedor pudiese prohibir realizar ventas por internet podría ser contrario a las normas de defensa de la competencia, tanto estatales como europeas, además de ser contradictorio con los nuevos tiempos en los que el comercio electrónico está

⁹² CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “El contrato de distribución comercial: ¿en el “futuro” Código mercantil o en una ley especial?” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1.247 – 1.261.

en una constante evolución⁹³. No obstante, lo que sí se puede es delimitar algunos requisitos para poder llevar a cabo el comercio por vías electrónicas.

En cuanto al régimen de garantías, conforme a lo previsto en el artículo 15 del PLCD, las partes deben adecuarse al régimen de garantías del fabricante frente a las del distribuidor, siendo los plazos aquellos fijados en el régimen de protección de los consumidores y usuarios. Estos plazos, de acuerdo con el artículo 143 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, prescriben a los 3 años desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable del perjuicio.

El artículo 16 del PLCD regula las políticas de marca y actividad publicitaria conjunta. Si existe una red de distribución organizada o dirigida por un proveedor en la que se fija unas directrices para mejorar la marca e imagen común, el contrato tienen que contener alguna cláusula acerca de si el distribuidor puede llevar a cabo sus propias campañas publicitarias en cualquier medio físico o digital de los servicios que comercializa o tiene autorización para poder usar la marca e imagen del proveedor y las redes de distribución constituidas previamente. Si no hubiera mención alguna, el distribuidor debe obtener el permiso del proveedor de forma anticipada para poder llevar a cabo dicha publicidad, siendo una causa resolutoria del contrato. En cualquier caso, el distribuidor puede llevar a cabo campañas de promoción o publicidad que se adecuen a la imagen de marca del sistema de

⁹³ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor. “Problemas de política Jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N °10, 2012, pág. 34

distribución.

El régimen de descuentos, bonificaciones, rappels y aportaciones por servicios se establece en el artículo 17 del PLCD, de tal manera que las partes pueden pactar en el contrato o bien en comunicaciones posteriores los importes o baremos objetivos para la determinación del precio de los suministros, pudiendo establecerse rappels, descuentos y bonificaciones sobre el precio de venta.

El artículo 18 del PLCD establece que para ceder de forma total o parcial el contrato de distribución es necesario el consentimiento expreso de ambas partes. No obstante, el proveedor no puede negarse a la cesión total o parcial si la empresa cesionaria forma parte de la red de distribución o éste se compromete a respetar la organización, medios y recursos que el cesionario destinaba a la red⁹⁴.

Conforme a lo establecido en el artículo 19 del PLCD, no se puede subcontratar la distribución a un segundo nivel sin el consentimiento del proveedor mientras dure el contrato entre el distribuidor y el proveedor. En el caso de que se llevase a cabo con el consentimiento del distribuidor, la duración de esta contratación a segundo nivel será como máximo la del contrato principal.

Finalmente, el artículo 20 del PLCD prevé que las modificaciones que tengan que realizarse en el contrato se deben llevar a cabo de mutuo acuerdo o en la forma prevista en el contenido del contrato. En el caso de afectar estas modificaciones a

⁹⁴ CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “El contrato de distribución comercial: ¿en el “futuro” Código mercantil o en una ley especial?” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1.247 – 1.261.

la red de distribución integrada, no pueden ser discriminatorias para los miembros de la misma.

Como hemos podido comprobar, por lo general las normas contenidas en los artículos 10 a 20 del PLCD sobre las obligaciones de las partes se establecen en términos generales para favorecer al distribuidor que en teoría es la parte más débil, evitando así posibles abusos por parte del proveedor, los cuales pueden consistir, entre otros, en los siguientes; la aplicación retroactiva de condiciones contractuales más onerosas, contrataciones no convenidas, cobros y costes no consentidos, cobro de servicios no solicitados, promociones comerciales sorpresivas, campañas no solicitadas, interpretación de condiciones convenidas de manera acumulativa, extemporánea o sorpresiva para conseguir descuentos o rebajas de rappel, etc⁹⁵.

3.5 Duración y extinción del contrato.

El Título IV del PLCD abarca la duración y extinción del contrato y lo conforman los artículos 21 a 26 del referido proyecto normativo.

La duración de los contratos de distribución resulta decisiva para que las partes puedan alcanzar los objetivos que les llevaron a concluir el contrato, ya que para que el proveedor logre que sus productos se introduzcan en el mercado necesitará que el distribuidor cree una infraestructura empresarial y comercial que permita que los productos que le suministre el proveedor lleguen a una masa importante de la

⁹⁵ ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor. “Problemas de política Jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N °10, 2012, pág. 30.

sociedad al tiempo que recupera las inversiones realizadas para lograrlo.

El artículo 21 del PLCD establece que la duración de los contratos puede pactarse por tiempo determinado o indefinido, y en el caso de no establecerse nada, el contrato se entiende indefinido, siendo que un contrato por tiempo determinado se extingue por el transcurso del tiempo hasta la fecha pactada o por justa causa y en el caso de que después del transcurso del tiempo pactado ambas partes continuasen prestando los mismos servicios, se considera que dicho contrato ha sido prorrogado por tiempo indefinido conforme a lo dispuesto en el artículo 22 del PLCD⁹⁶.

Según lo dispuesto en el artículo 23 del PLCD, para poder extinguir un contrato cuya duración es indefinida debe darse la denuncia del mismo de forma unilateral, pero con un preaviso que conste por escrito, en caso de incumplimiento, la otra parte tiene derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios ocasionados.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya reconoció a finales de los años ochenta la denuncia unilateral de los contratos de colaboración siempre y cuando se realizara de buena fe, se produjera mediante preaviso y se efectuara por escrito⁹⁷, de hecho, a partir de la STS de 22 de marzo de 1988⁹⁸ se consolidó una sólida jurisprudencia en un momento en el que ambos contratos de colaboración,

⁹⁶ ZURITA HERRERA, Pedro. “Duración y extinción del contrato de distribución en el Proyecto de Ley del Contrato de Distribución”. *Revista de Derecho Patrimonial*. Ed. Aranzadi, N° 29, 2012, pág. 369.

⁹⁷ LASCORZ COLLADA, María Cruz. “Análisis jurisprudencial de la extinción de los contratos de distribución”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Ed. Aranzadi, N° 11, 2014, págs. 63-99.

⁹⁸ STS de 22 de marzo de 1988, Sala de lo Civil (RJ 1988/2224).

agencia y distribución eran atípicos⁹⁹.

Dicho plazo de preaviso tiene que ser de un mes por cada año de vigencia hasta un máximo de 6 meses. En el caso de que el contrato haya durado menos de un año el plazo de preaviso será como mínimo de un mes. Ambas partes pueden establecer en el contrato plazos de preaviso mayores, pero no inferiores, además, los plazos deben establecerse igual para ambas partes.

Asimismo, según establece el artículo 24 del PLCD, las partes pueden a su vez dar por concluido el contrato en cualquier momento sin que sea necesario un plazo de preaviso cuando la otra parte incumpla de manera grave y reiterada de forma total o parcial las obligaciones legales o contractuales del contrato y este incumplimiento grave no es subsanado en el plazo de 30 días, salvo que se establezca otro plazo a satisfacción de la parte cumplidora del contrato de forma razonable. En estos casos, de forma análoga a lo establecido en el artículo 1.124 del CC, las posibilidades que tiene la parte cumplidora del contrato son el cumplimiento en forma específica, la indemnización por los daños y perjuicios o resolver por incumplimiento, pudiendo escoger cualquiera de ellos¹⁰⁰.

Se entiende que el contrato termina con la recepción de la notificación de forma fehaciente en la que constan las causas alegadas para la resolución, así como la

⁹⁹ En este sentido, podemos mencionar las; STS de 21 de noviembre de 2005, Sala de lo Civil, Sentencia. nº 886/2005 (RJ 2005/7677), STS de 20 de marzo de 2007, Sala de lo Civil, Rec. nº 2214/2000 (RJ 2007/2622), STS de 26 de marzo de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº 293/2001 (RJ 2008/4128), STS de 26 de junio de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº 973/2001 (RJ 2008/3305), STS de 9 de julio de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº 2343/2001 (RJ 2008/4369) y STS de 30 de diciembre de 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº 216/2007 (RJ 2011/149).

¹⁰⁰ ZURITA HERRERA, Pedro. “Duración y extinción del contrato de distribución en el Proyecto de Ley del Contrato de Distribución”. *Revista de Derecho Patrimonial*. Ed. Aranzadi, Nº 29, 2012, pág. 379.

voluntad de poner fin al contrato.

El artículo 25 del PLCD regula el régimen de indemnizaciones a la extinción del contrato, en particular, las partes tienen derecho a ser indemnizadas por los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato si se dan diversos supuestos.

- (i) Si el contrato tiene una duración determinada y es denunciado sin justa causa antes de finalizar el mismo o sin que haya transcurrido el plazo razonable para amortizar las inversiones que se hayan realizado para cumplir con las obligaciones pactadas.
- (ii) Si el contrato tiene una duración indefinida y es denunciado sin que se respeten los plazos de preaviso pactados o los mínimos legales sin que hubiese transcurrido un plazo temporal adecuado para poder amortizar las inversiones necesarias.

Para evaluar la indemnización se tienen en cuenta las inversiones específicas no amortizadas, estas son aquellas instruidas y realizadas en interés del negocio principal y que no pueden ser aprovechadas de forma real y efectiva en otros usos, los bienes objeto de la inversión no tienen posibilidad de reventa u ocasionan una pérdida de forma grave al inversor. A sensu contrario, no tienen esta consideración aquellas inversiones ya amortizadas o que se supone que lo están conforme a la fiscalidad y sus reglas de amortización, así como las inversiones que de forma genérica se realicen¹⁰¹.

¹⁰¹ ZURITA HERRERA, Pedro. “Duración y extinción del contrato de distribución en el Proyecto de Ley del Contrato de Distribución”. *Revista de Derecho Patrimonial*. Ed. Aranzadi, N° 29, 2012, pág. 379.

El artículo 25.4 del PLCD regula el régimen de indemnización por clientela, en este sentido, la finalización de los contratos de distribución no obliga al proveedor a compensar al distribuidor por la clientela que este hubiera generado durante la duración del contrato. No obstante, el distribuidor, con carácter excepcional, puede ser indemnizado si se dan dos circunstancias:

- (i) Que por la naturaleza del contrato y por la actividad del distribuidor se hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes y que el distribuidor acredite que la clientela seguirá produciendo ventajas sustanciales al proveedor tras la ruptura del contrato.

- (ii) Que se haya establecido una cláusula en la que el distribuidor a la finalización del contrato no pueda llevar a cabo acciones ni prestar servicios que entren en competencia con el proveedor, este pacto de no competencia no puede ser superior a un año y se tiene en cuenta de forma exclusiva sólo para determinar la indemnización por clientela dejando fuera cualquier otra cuestión sobre competencia.

Para que se conceda la indemnización por clientela se requiere el *onus probandi* mediante la acreditación del incremento de compradores o usuarios habituales debido a la actuación del distribuidor, pues la indemnización por clientela no se concede automáticamente por el simple hecho de la resolución del contrato. Al respecto, la doctrina es más explícita en cuanto a la enumeración de supuestos que permiten obtener al distribuidor el derecho a la compensación por clientela, salvo

pacto en contrario¹⁰².

En principio, para no indemnizar por clientela bastaría con que no se incluyese el pacto de no competencia post-contractual, de forma que con la negativa del proveedor no tendría por qué indemnizar al distribuidor¹⁰³, no obstante, hay que añadir que este tipo de pactos deben de suscribirse respetándose las limitaciones impuestas por la normativa de defensa de la competencia¹⁰⁴.

La indemnización no podrá exceder en ningún caso de la media anual del importe neto de la cifra de negocios del distribuidor durante los últimos cinco años o, durante todo el periodo de duración del contrato, si este fuese inferior. Este límite varía respecto del previsto para la indemnización por clientela que establece la LCA y que hasta el momento se utilizaba de forma análoga ya que la LCA establece dicho límite sobre la media de las remuneraciones percibidas por el agente¹⁰⁵.

Por otro lado, hay que destacar que el PLCD no aclara si cabe la posibilidad de que las partes pacten la no existencia de indemnización por clientela, a nuestro entender esta laguna queda superada con lo establecido en el artículo 4 del PLCD cuando se

¹⁰² LASCORZ COLLADA, María Cruz. “Análisis jurisprudencial de la extinción de los contratos de distribución”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Ed. Aranzadi, N.º 11, 2014, pág.92.

¹⁰³ ARRUÑADA PARDO, MARÍA. “Publicado en el BOCG el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución”. *Boletín Mercantil*, n.º 6, Albiñana & Suárez de Lezo, Abril-Junio 2011, págs. 18-19.

¹⁰⁴ ALONSO SOTO, Ricardo. “Los Contratos de Distribución Comercial en la Propuesta de Código Mercantil.” *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*. N.º 14, Ed. La Ley, Madrid 2014, págs. 13-24.

¹⁰⁵ ARRUÑADA PARDO, María. “Publicado en el BOCG el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución”. *Boletín Mercantil*, n.º 6, Albiñana & Suárez de Lezo, Abril-Junio 2011, pág. 19.

Art. 28.3 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia frente al art. 25.5 del Proyecto de Ley núm. 121-000138/2011, de 24 de junio. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

establece que los contratos de distribución se regirán, entre otros, por el principio de libertad de pactos, por lo que es lógico pensar que las partes pueden pactar que el distribuidor no tendrá derecho a indemnización por clientela¹⁰⁶.

En cuanto al plazo de prescripción de las acciones para reclamar indemnizaciones por daños y perjuicios o por clientela, este es de un año desde la extinción del contrato. Asimismo, no se abonará la indemnización por daños y perjuicios en los casos en que el denunciante haya incumplido de forma grave las condiciones y obligaciones del contrato o sin el consentimiento del proveedor se hubiera cedido a un tercero los derechos y obligaciones que era titular en virtud del contrato de distribución.

Finalmente, el artículo 26 del PLCD establece que las partes están obligadas a colaborar en la extinción del contrato, adoptando aquellas previsiones conforme a la naturaleza y características del contrato en virtud del principio de buena fe. Una vez extinto, no se pueden realizar acciones que puedan producir o dar a entender que se sigue continuando con la actividad de distribución, por lo que el distribuidor debe de retirar del rotulo del establecimiento y de cualquier otro material publicitario aquellas denominaciones que puedan inducir a error a terceros.

3.6 Otros contenidos regulados en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución.

El Título V del PLCD, compuesto por los artículos 27 a 30, consiste en disposiciones específicas sobre algunas modalidades contractuales donde se

¹⁰⁶ ARRUÑADA PARDO, María. “Publicado en el BOCG el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución”. *Boletín Mercantil*, nº 6, Albiñana & Suárez de Lezo, Abril-Junio 2011, pág. 19.

recogen especialidades sobre organizaciones de mercados privados y espacios comerciales comunes, sobre la realización de subastas electrónicas, la venta multinivel y regulación del régimen de franquicia.

Las organizaciones de mercados privados y espacios comerciales comunes o corros de contratación privados están sometidos a los principios de libre competencia económica, transparencia, libre acceso y no discriminación. Estas organizaciones deben hacer públicas las condiciones generales de acceso al sistema y los mecanismos por los que se adjudican las afiliaciones, las plazas o espacios comerciales o las adjudicaciones de prestación de servicios. La exclusión debe estar fundamentada en circunstancias objetivas y no puede ser discriminatoria.

Por otro lado, las subastas electrónicas están sometidas a los principios de libre competencia económica, transparencia, libre acceso y no discriminación. Deben de hacerse públicas las formas de acceso, los costes de participar en ella y las formas de adjudicarse. No está permitido que se ofrezcan bienes al mismo tiempo mediante dos formas de ventas. Los promotores de las subastas deben constatar de forma pública para que puedan ser contrastadas las posturas bien cuando se lleve a cabo el proceso de puja o en la fase de adjudicación de los bienes. En todo caso, el precio final por el que se adjudiquen los bienes debe ser público y existe la obligación de compra por parte del adjudicatario y de venta del oferente. No se puede establecer precios de reserva mayores a los de salida mínima, sin el conocimiento de los participantes en la puja ni cuando para participar en ella se hayan realizado depósitos, fianzas o precios.

En cuanto a la venta multinivel, ésta se configura como una forma especial de comercio en la que un fabricante o un comerciante mayorista vende sus bienes o

servicios a través de una red de comerciantes y /o agentes independientes, pero que están coordinados y que conforman una red comercial y los beneficios se obtienen mediante márgenes de venta al público, que son distribuidos mediante porcentajes que varían sobre el total de la facturación generada por el conjunto de los vendedores que forman la red comercial y proporcionalmente al volumen de negocios que cada uno de ellos ha generado.

El PLCD contiene en su artículo 30 una regulación especial sobre el régimen de franquicia. Este régimen establece que todas las personas físicas y jurídicas que quieran desarrollar en España la actividad de franquiciadores deben comunicar el inicio de esta actividad como máximo a los tres meses. En el caso de ser empresas de fuera de España y no establecidas en el territorio nacional, debe comunicarlo directamente al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio en el plazo de tres meses desde el inicio. El Ministerio está obligado a informar a la Comunidad Autónoma de las modificaciones que se produzcan en su registro autonómico.

Además, con una antelación mínima de 20 días, el franquiciador debe haber entregado al futuro franquiciado toda la información que pueda decidir libremente y plenamente informado si se incorpora a la red de franquicias y de forma especial debe conocer antes de la firma del contrato o precontrato, los datos principales de identificación del franquiciador, el sector al que se dedica, la estructura, características y extensión de la red así como los elementos principales que van a componer el futuro acuerdo de franquicia. Las condiciones de las cesiones de franquicias debían establecerse en un futuro reglamento de esta ley no promulgada.

La aplicación práctica de este precepto acerca de los deberes precontractuales de

las partes hubiera significado un desplazamiento normativo, en primer lugar de las normas respecto al contrato de franquicia¹⁰⁷, y en segundo lugar, un problema de interpretación de la norma, puesto que el contenido del artículo 30.2 del PLCD desplazaría de forma íntegra todos los deberes precontractuales también establecidos en el artículo 6 del mismo PLCD. A este respecto, se echa en falta que la norma aclarare esta situación y si las normas contenidas en el artículo 30.2. del PLCD se aplicarían de forma supletoria o complementaria a las previstas en el artículo 6 del PLCD.

En último lugar, el PLCD contenía una serie de disposiciones normativas adicionales, finales y transitorias que pasamos a identificar.

La disposición adicional única establecía que diversas normas legales o reglamentarias debían de regularse por esta norma una vez aprobada, en vez de por la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

La disposición transitoria única disponía el régimen aplicable a los contratos de distribución celebrados con anterioridad a su entrada en vigor, estableciendo que a dichos contratos se les aplicará el PLCD en cuanto se trate de renovaciones, prórrogas, novaciones y tácitas reconducciones que se produzcan tras la entrada en vigor.

Se establece una disposición derogatoria, en la que se eliminan dos artículos de la

¹⁰⁷ RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. “Deberes precontractuales de información (A propósito del régimen propuesto en el Proyecto de Ley de contratos de distribución de 29 de junio de 2011)”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, págs. 139-172.

Ley 7/1996, de 15 de enero, Ordenación del Comercio Minorista, una disposición adicional de la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible y la Disposición Adicional cuarta de la Ley 7/2011, de 11 de abril por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre Sistemas de pago y liquidación de valores, y el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejor de la contratación público.

Por último, contenía dos disposiciones finales, la primera atribuyendo al Estado la competencia en materia mercantil y la segunda al respecto de cuando entraba la norma en vigor.

4. La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

4.1 Preliminar.

La Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, en cumplimiento del encargo realizado por el Ministro de Justicia en el año 2006, elaboró la PCM que incluía una regulación de los contratos de distribución comercial¹⁰⁸, siendo el fruto del trabajo llevado a cabo durante aproximadamente siete años por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

Así, en la propia exposición de motivos de la PCM, el primero de los nuevos

¹⁰⁸ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1163-1175.

contratos cuya regulación propone es el contrato de distribución, proponiendo una definición de los mismos que a día de hoy se ha mantenido en la PALCM al definir a los contratos de distribución como aquellos en los cuales una de la partes, denominada distribuidor, que actúa como empresario independiente y asume el riesgo de las operaciones que realiza, se obliga a adquirir de otra denominada proveedor, bienes o servicios para comercializarlos de manera duradera y estable¹⁰⁹.

En este sentido, en el Capítulo III, del Título IV, del Libro V de la PCM se regulaban los contratos de distribución, contenido que era dividido en cinco secciones, la primera trataba sobre disposiciones generales de los contratos de distribución (artículos 543-1 a 543-3), la segunda se llamaba de la conclusión del contrato (artículos 543-4 a 543-5), la sección tercera abarcaba el contenido del contrato (artículos 543-6 a 543-14), en la sección cuarta, se hablaba de las disposiciones especiales para algunas de las modalidades contractuales (artículos 543-15 a 543-

¹⁰⁹ Exposición de motivos I-25 y I-34 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación dependiente del Ministerio de Justicia. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2013. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es, las cuales establecen:

“(...) En la regulación de materias nuevas cabe mencionar la referente a la empresa y operaciones sobre la misma, la representación, la competencia desleal y la defensa de la libre competencia, la inclusión de varios artículos sobre la propiedad industrial y muy especialmente los distintos tipos de contratos como los de distribución, suministro, franquicia, mediación (...)”.

“(...) en los contratos en particular se regulan los que podríamos considerar tipos contractuales básicos, incluyéndose entre ellos muchos contratos que carecían de una regulación legal entre los que pueden citarse los contratos de distribución o los contratos financieros.”

El artículo 543-1 del PCM definía el contrato de distribución como *“contratos de distribución, cualquiera que sea su denominación, una de la partes, denominada distribuidor, que actúa como empresario independiente y asume el riesgo de las operaciones que realiza, se obliga a adquirir de otra denominada proveedor, bienes o servicios para comercializarlos de manera duradera y estable.”*

17) y por último en la sección quinta se trataba la extinción del contrato (artículos 543-18 a 543-24). Dicha estructura se ha mantenido inalterada en la PALCM, aunque con cambios relevantes en cuanto al contenido de cada una de las secciones en las cuales se divide la regulación de los contratos de distribución como veremos con posterioridad.

Pese al minucioso trabajo dedicado por la Comisión General de Codificación a la hora de regular los contratos de distribución en el PCM, el ALCM de fecha 30 de mayo de 2014 eliminó toda regulación de los contratos de distribución, en parte como consecuencia de la influencia de diferentes grupos de presión con intereses en el sector de la distribución, lo que provocó que el Consejo de Estado, en su dictamen sobre el ALCM de fecha 29 de enero de 2015, número 837/2014, se pronunciara a favor de volver a incluir la regulación de los contratos de distribución en la propuesta normativa¹¹⁰.

En su análisis, el Consejo de Estado mostraba su sorpresa en que en la ALCM hubiera desaparecido la regulación de los contratos de distribución y concluía que la eliminación de dicha regulación del texto normativo no estaba justificada¹¹¹.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel. “El dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Código Mercantil”. *Diario La Ley*, Nº 8.486, 2015.

¹¹¹ El referido órgano consultivo concluye que: “no puede sino subrayar la conveniencia de resolver cuanto antes la situación creada con estas reformas legales, cuya prolongación resulta altamente perjudicial desde el punto de vista de la seguridad jurídica.”; y que: “La evidente dificultad que reviste codificar el contenido de contratos de naturaleza tan diversa como los que pueden incluirse bajo la rúbrica general de “contratos de distribución” no constituye, a juicio de este Consejo, excusa suficiente para postergar la aprobación de una regulación legal que ha sido ya formalmente anunciada por el legislador y cuya necesidad ha sido subrayada en ocasiones por la propia jurisprudencia (en este sentido, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1999: “Ha sido esta Sala de Casación Civil la que ha ido precisando la naturaleza, alcance y contenido obligacional de estos especiales contratos, y urge que los legisladores atiendan y provean de la normativa conveniente”). Dicho esto, la inclusión de esta

Sin embargo, hay que destacar que no es la primera vez en la que diferentes grupos presionan para eliminar una regulación que abarca los contratos de distribución, ejemplo de ello es lo ocurrido con la disposición final 4ª de la Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública que suspendió la aplicación de la ya mencionada disposición adicional primera de la LCA¹¹².

Esta reforma legal fracasada contenía una extensión a los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales del régimen jurídico del contrato de agencia, mayormente su contenido era un régimen imperativo en el que no se podía modificar las disposiciones contenidas en el mismo y se declaraba nulo el que el proveedor se reservase la facultad de modificar de manera unilateral el contenido

regulación en el futuro Código Mercantil puede ser conveniente, dada la importancia de este tipo de contratos en el tráfico.”

Dictamen del Consejo de Estado de fecha 29 de enero de 2015. Ref. 837/2014.

CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “El contrato de distribución comercial: ¿en el “futuro” Código mercantil o en una ley especial?” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1247-1288; ALTIRRIBA I VIVES, Xavier y CUENCA MÁRQUEZ, Juan. “La distribución comercial: presente, pasado y futuro. Análisis del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil y reciente dictamen 837/2014 del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 4, 2015, págs. 179-194.

¹¹² CARRASCO PERERA, Ángel. “Regulación de los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales. ¿Pero de verdad se ha derogado el régimen de contratos de distribución de automóviles de la Ley de Economía Sostenible?” *Diario La Ley*. Nº 7.615, Abril 2011; MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio. “Régimen jurídico de los contratos de distribución. De la D.A. 1.ª de la Ley del Contrato de Agencia por la que se establece el régimen jurídico de la distribución de vehículos automóviles e industriales al proyecto de ley de contratos de distribución.” *Revista Derecho de los Negocios*. Nº 252, septiembre 2011, págs. 7-26; GARCÍA VIDAL, Ángel. “Los contratos de distribución de vehículos (análisis de una regulación cuasi non nata)”. *Revista Actualidad Civil*, Nº 20, Quincena del 16 al 30 Noviembre 2011, pág. 2262 y ss.

esencial del contrato¹¹³. Esta disposición suspendida sólo estuvo en vigor desde el 6 de marzo de 2011 hasta el 12 de abril de 2011.

Finalmente, en el mes de marzo de 2018, la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación dependiente del Ministerio de Justicia pública la PALCM tras el dictamen que del ALCM realizó el Consejo de Estado¹¹⁴ y en la cual se recupera la regulación de los contratos de distribución con algunas modificaciones respecto de la PCM a propuestas de las asociaciones empresariales de los sectores afectados¹¹⁵.

4.2 La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en la Propuesta del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

En el presente apartado analizaremos la regulación propuesta en la PALCM respecto de las obligaciones y contratos mercantiles en general que pretende la sustitución de los artículos 50 a 63 de nuestro actual Cco.

La realización de este análisis se justifica en la influencia que tiene el régimen general de obligaciones y contratos mercantiles sobre las diferentes regulaciones de contratos mercantiles en particular que propone la PALCM en su Libro Quinto, entre ellas, el contrato de distribución exclusiva.

¹¹³ CARRASCO PERERA, Ángel. “Regulación de los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales. ¿Pero de verdad se ha derogado el régimen de contratos de distribución de automóviles de la Ley de Economía Sostenible?” *Diario La Ley*. Nº 7.615, Abril 2011.

¹¹⁴ Dictamen del Consejo de Estado de fecha 29 de enero de 2015. Ref. 837/2014.

¹¹⁵ Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

De esta manera, en el Libro Cuarto de la PALCM se tratan cuestiones de especial relevancia para los contratos mercantiles como son las especialidades en el régimen de su perfección, interpretación e integración así como en lo que respecta al cumplimiento de los mismos. Además, se regulan cuestiones como el régimen de morosidad, formas especiales de contratación y cuestiones relativas a la confidencialidad y exclusividad.

En este último caso, como veremos, el régimen de exclusividad propuesto en el Libro Cuarto es de gran influencia a la hora de tratar el contrato de distribución en exclusiva.

4.2.1 Principio de uniformidad y fuentes de inspiración.

Al igual que ocurre en el actual Cco de 1889 en sus artículos 50 a 63 (“Disposiciones generales sobre los contratos de comercio”), la PALCM regula en su Libro Cuarto, “De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general”, las normas básicas en materia de obligaciones y contratos que serían aplicables a cualquier tipo de contrato mercantil.

Esta nueva normativa responde a la necesidad de actualizar y modernizar la regulación de las disposiciones generales aplicables en materia de obligaciones y contratos mercantiles, así como a la necesidad de fortalecer la unidad de mercado en el ámbito de la contratación mercantil a nivel nacional que tanto demanda la realidad económica, social y política de

nuestro país¹¹⁶.

En este sentido, hay que destacar que ya en el preámbulo del Código de Comercio de 1829 se hacía referencia a la necesidad de contar con un Código de Comercio uniforme para todo el territorio español, en concreto, dicho preámbulo establecía la necesidad de dar al comercio un sistema de legislación uniforme y completo fundado en los principios inalterables de la justicia y las reglas seguras de la convivencia del mismo comercio¹¹⁷.

Adicionalmente, destaca que ya a principios del siglo XIX existía la preocupación por que el comercio constase con unas reglas uniformes que fuesen de aplicación en todo el territorio nacional, prueba de ello es el artículo 258 de la Constitución Española de 1812, el cual establecía que el código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares

¹¹⁶ Exposición de Motivos V-I de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es, el cual establece:

V-I. El contenido y la sistemática del Libro cuarto, “De las obligaciones y contratos mercantiles en general”, responde a la necesidad de modernizar este sector de la actividad mercantil, que, salvo por la regulación concreta de algunos contratos aislados, ha permanecido hasta ahora al margen del proceso de actualización que ha experimentado el Derecho Mercantil en otros sectores. Este proceso de modernización comienza por las normas generales que han de aplicarse a las obligaciones y contratos mercantiles, ya que esas normas son fundamentales para que la legislación mercantil, dentro del ámbito que le es propio, cumpla la función que le corresponde de asegurar la unidad de mercado en el ámbito jurídico privado.

ALONSO LEDESMA, Carmen. “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en el Anteproyecto de Código Mercantil”. En: *Hacia un nuevo Código Mercantil*. Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. Ed. Thomson Reuters, Navarra 2014, pág. 299.

¹¹⁷ Preámbulo del Código de Comercio de 1829, aprobado en virtud del Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. «BOE» núm. 289, de 16/10/1885.

circunstancias podrán hacer las Cortes¹¹⁸.

Posteriormente, la Constitución de la Segunda República Española de 1931 establecía en su artículo 15.1ª que corresponde al conjunto del Estado la legislación mercantil y, a las regiones autónomas su ejecución, en la medida de su capacidad política y a juicio de las Cortes¹¹⁹.

Por tanto, podemos considerar que uno de los principios fundamentales que ha inspirado la legislación mercantil es la de dotar a los comerciantes de unas reglas uniformes para que puedan actuar bajo éstas y contar con la seguridad jurídica que ello conlleva, cuestión que, en la actualidad, cada vez resulta más complicado debido a la gran multitud de normas de carácter autonómico y local que se crean y que en la práctica dificultan seriamente la aplicación del principio de uniformidad de la legislación mercantil.

Continúa la exposición de motivos de la PALCM haciendo referencia a la fuentes de inspiración que se han tomado para la regulación de las disposiciones generales de las obligaciones y contratos mercantiles, estas fuentes de inspiración no son otras que la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías de 11 de abril de 1980 así como los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y los trabajos de la

¹¹⁸ Artículo 258 de la Constitución Política de la Monarquía española, promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812. ACD, Española de 1812,

¹¹⁹ Artículo 15.1º de la Constitución de la II República Española, promulgada el 9 de diciembre de 1931.

Comisión Landó sobre el Derecho Europeo de los contratos¹²⁰.

Finalmente, debe de destacarse que la regulación original de las obligaciones y contratos mercantiles incluida en la PALCM se ha reducido ostensiblemente respecto de la regulación que originariamente se había previsto en la PCM, todo ello, según el Dictamen del Consejo de Estado¹²¹, por la extralimitada regulación que la PCM realizaba sobre aspectos de la teoría general de las obligaciones y contratos que se regulan en nuestro CC.

Por ello, el Consejo de Estado se decanta por mantener una regulación general común de la contratación privada en el CC de forma que la PALCM se limite a regular aquellos aspectos precisos de la contratación mercantil y, en su caso, con una remisión a las bases de la contratación civil.

En definitiva, mientras que la PCM optaba por una regulación en profundidad del régimen general de obligaciones y contratos de carácter mercantil, la PALCM opta por que el futuro código mercantil recoja únicamente las reglas especiales que considere necesarias en la esfera mercantil sin invadir competencias del CC.

¹²⁰ Expositivo V-2 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

¹²¹ Dictamen del Consejo de Estado de fecha 29 de enero de 2015. Ref. 837/2014, que en su pág. 99 establecía:

“Todavía en relación con esta cuestión -la aparente invasión del ámbito civil por la regulación proyectada- aunque en relación con otro aspecto, algunos informes incorporados al expediente han advertido sobre la exigencia de que no se ubique en el Código Mercantil la parte general de obligaciones y contratos común al Derecho privado, tanto civil como mercantil.”

Si bien nos parece oportuno la propuesta de la PALCM de modernizar el régimen de obligaciones y contratos previsto en nuestro ordenamiento jurídico, debe de valorarse la oportunidad de su desarrollo en un nuevo Cco. En este sentido, la actual situación de dicotomía existente entre CC y Cco en el que se regulan de carácter independiente obligaciones y contratos según estas tengan la consideración de civil o mercantil, provoca ineficiencias en nuestro ordenamiento jurídico, por ello, con el fin de poder superar estas ineficiencias se ha valorado por nuestra doctrina el que la modernización del sistema de obligaciones y contratos en nuestro ordenamiento jurídico se hiciera desde el prisma de un único código que englobara todo el régimen de obligaciones y contratos¹²².

4.2.2 Especialidades en el régimen de las obligaciones y los contratos mercantiles.

4.2.2.1 Carácter de las normas.

Comienza el artículo 411-1 de la PALCM estableciendo el régimen de las obligaciones y los contratos mercantiles, en las que alude a las fuentes de aplicación así como al principio de autonomía de la voluntad a la hora de aplicar las normas contenidas en la PALCM a los contratos y obligaciones mercantiles.

En particular, el apartado 1 del artículo 411-1 de la PALCM, de manera similar a los artículos 2 y 50 del Cco, promulga que los contratos,

¹²² GARCÍA RUBIO, María Paz. “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil”. *Revista de Derecho Civil*, Vol.1, N°. 1, enero-marzo 2014, págs. 7-27.

obligaciones y actos mercantiles se regularan, prioritariamente, por lo establecido en el propio código, y, subsidiariamente por lo establecido en leyes mercantiles especiales, en los usos de comercio o en las disposiciones de derecho civil común.

Asimismo, el apartado 2 del artículo 411-1 de la PALCM establece el carácter dispositivo de las normas, principio general que será de aplicación en todo contrato mercantil, salvo que en éstos se establezca lo contrario, promulgando el principio de la autonomía de la voluntad también recogido en el artículo 1.255 del Código Civil y que permite a las partes intervinientes establecer libremente los pactos que regulen su relación contractual.

No obstante, se debe destacar que el propio apartado 2 del artículo 411-1 permite que las partes dispongan libremente del contenido del contrato pero no así en lo que respecta a su noción y su mercantilidad.

4.2.2.2 Especialidades en las distintas fases de la relación contractual.

Continúa el Capítulo II, “De las especialidades”, con diez artículos, del 412-1 al 412-10. Dichos artículos regulan las especialidades de los contratos mercantiles en las distintas fases de la relación contractual, siguiendo un itinerario sistemático que engloba la perfección, interpretación, integración y cumplimiento de los contratos mercantiles.

La Sección 1ª del Capítulo II, de las especialidades en la perfección del contrato, está compuesta por tres artículos, 412-1 a 412-3 de la PALCM, (frente a los ocho artículos que contenía la PCM 413-1 a 4138), en los cuales

se entra a regular especialidades en materia de perfección de los contratos mercantiles; momento de la perfección del contrato, envío de catálogos o folletos y lugar de envío y llegada de las declaraciones de voluntad.

La regulación de la perfección de los contratos mercantiles prevista en la PALCM está claramente inspirada en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), manteniendo vigentes algunos preceptos de nuestro Cco como el relativo a la perfección del contrato interviniendo mediador (artículo 55 Cco), el cual quedaría perfeccionado cuando los contratantes hubieren aceptado la propuesta del mediador (artículo 412-1.2)¹²³.

Comienza el artículo 412-1.1 de la PALCM estableciendo el principio general en virtud del cual los contratos mercantiles se perfeccionan en el momento en que el destinatario realice algún acto que suponga asentimiento como consecuencia del contenido de la oferta, de las prácticas habituales vigentes entre las partes o de los usos del comercio que resulten aplicables.

Junto a esta regla general sobre la perfección de los contratos mercantiles, el artículo 412-1.2 de la PALCM regula la perfección del contrato mediante la intervención de mediador, así, del mismo modo que ocurre en nuestro actual Cco, el contrato se entenderá perfeccionado cuando los contratantes hubieren aceptado la propuesta del mediador.

¹²³ ALONSO LEDESMA, Carmen. “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en el Anteproyecto de Código Mercantil”. En: *Hacia un nuevo Código Mercantil*. Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. Ed. Thomson Reuters, Navarra 2014, pág. 305.

El artículo 412-2 de la PALCM, regula el envío de catálogos o folletos y, en particular, se limita a establecer que los efectos del envío de catálogos o folletos son mera invitación a contratar, salvo que el envío se realice a consumidores, en cuyo caso serán aplicables las normas sobre protección de éstos.

Finalmente, la Sección I del Capítulo II finaliza con el artículo 412-3 de la PALCM, el cual regula el lugar de envío y llegada de las declaraciones de voluntad, cuya regulación reviste una especial importancia en el tráfico mercantil¹²⁴, en concreto, establece que el envío de las comunicaciones escritas se entenderá producido en el lugar en que el emisor y el destinatario tengan su establecimiento o, en su defecto, su residencia habitual.

Por otro lado, la Sección 2ª del Capítulo II regula las especialidades en la interpretación e integración del contrato. Esta sección 2ª consta de tres artículos, artículo 412-4 (interpretación de los contratos), artículo 412-5 (interpretación de los contratos en diferentes lenguas) y artículo 412-6 (integración de los contratos mercantiles).

En lo que respecta a la norma general sobre interpretación de los contratos mercantiles prevista en el artículo 412-4 de la PALCM, ésta establece que el contrato mercantil debe interpretarse según los términos en que fueron hechos o redactados, conforme al sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, y sin restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad

¹²⁴ VERGÉZ SÁNCHEZ, Mercedes. “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en la Propuesta de Código Mercantil”. *Revista de Derecho Mercantil*. N° 292, 2014, pág. 11-22.

y contraído sus obligaciones. Asimismo, en caso de duda acerca del sentido de las palabras utilizadas, se estará al sentido objetivo que los operadores económicos de igual o similar condición que los contratantes les hubieran dado en las mismas circunstancias en el sector del tráfico en el que operen.

Destaca de esta regla general de interpretación de los contratos mercantiles la importancia que se le da a los usos y a los términos y expresiones del sector de actividad económica, criterio objetivo propio del tráfico mercantil ya que, el contrato mercantil, normalmente, no es un elemento independiente sino que es parte de un conjunto de relaciones entre partes, que tienen una duración y permanencia en el tiempo¹²⁵, lo que hace que para desentrañar lo querido por las partes deba acudirse al sentido que se le da en el respectivo sector de la actividad a los términos y expresiones empleadas¹²⁶.

Junto con la anterior regla general, se regulan los supuestos en los que los contratos mercantiles son redactados en diferentes lenguas, hecho común en la práctica mercantil. En este sentido, el artículo 412-5 de la PALCM establece que en caso de discrepancia entre las diversas versiones de un contrato que se hubiere redactado en varios idiomas, se preferirá la versión pactada entre las partes y, en defecto de pacto o si se hubiere pactado que todas las versiones tengan el mismo valor, aquella en la cual el contrato hubiera sido redactado originariamente o la lengua que se hubiera utilizado

¹²⁵ VERGÉZ SÁNCHEZ, Mercedes. “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en la Propuesta de Código Mercantil”. *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 292, 2014, pág. 11-22.

¹²⁶ ALONSO LEDESMA, Carmen. “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en el Anteproyecto de Código Mercantil”. En: *Hacia un nuevo Código Mercantil*. Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. Ed. Thomson Reuters, Navarra 2014, pág. 309.

en las negociaciones.

Finalmente, esta Sección 2ª también se ocupa de establecer una norma general de integración de los contratos mercantiles, en particular, cuando las partes de un contrato mercantil no hubieran incluido en él una regla esencial para la determinación del contenido de sus derechos y obligaciones, que no pueda suplirse conforme a las normas legales o a los usos de comercio que sean de aplicación, se considerará integrada en el contrato aquella que resulte más apropiada a las circunstancias¹²⁷.

Asimismo, se considerará más apropiada aquella disposición que, siendo conforme a la naturaleza y a la finalidad del contrato, los operadores económicos de igual o similar condición que operen en el mismo sector del tráfico la hubieran incluido en el contrato en las mismas circunstancias.

El Capítulo II finaliza con la Sección 3ª, de las especialidades en el cumplimiento del contrato, sección que se encuentra conformada por cuatro artículos; 412-7 (Solidaridad en las obligaciones mercantiles), 412-8 (Precio de los contratos), 412-9 (Recuperación del precio por la parte perjudicada) y 412-10 (Operación de reemplazo).

El artículo 412-7.1, al contrario que estipula el artículo 1.137 del CC, establece como regla general la solidaridad en las obligaciones frente a la mancomunidad, en ambos casos, salvo pacto en contrario.

¹²⁷ VERGÉZ SÁNCHEZ, Mercedes. “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en la Propuesta de Código Mercantil”. *Revista de Derecho Mercantil*. N° 292, 2014, pág. 11-22.

El principio de la solidaridad de las obligaciones mercantiles se ha hecho patente desde la Edad Media como una de las especialidades más significativas de las disposiciones generales de las obligaciones mercantiles frente a la regulación prevista en nuestro CC¹²⁸.

La novedad que viene a introducir este artículo 412-7.1 es el hecho de que se regula la solidaridad como principio general aplicable a todas las obligaciones mercantiles, hecho que en nuestro actual Cco se prevé para diferentes instituciones mercantiles y no de manera general para todas las obligaciones mercantiles. Asimismo, el artículo 412-7.2 de la PALCM regula el derecho de repetición entre codeudores.

El artículo 412-8 de la PALCM regula la forma de determinación del precio de los contratos mercantiles cuando éste no hubiere sido pactado, en particular determina que en tales circunstancias el precio será el de mercado, novedad que se inspira en el artículo 5.1.7 de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

El artículo 412-9 del PALCM regula el régimen de recuperación de la parte perjudicada y en virtud del cual en los casos en los que la prestación incumplida tenga un precio corriente en el mercado, la parte perjudicada podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de su resolución, así como también el resarcimiento de cualquier

¹²⁸ ALONSO LEDESMA, Carmen. “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en el Anteproyecto de Código Mercantil”. En: *Hacia un nuevo Código Mercantil*. Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. Ed. Thomson Reuters, Navarra 2014, pág. 309.

daño adicional.

Finalmente, el artículo 412-10 del PALCM regula la denominada operación de reemplazo, estableciendo que la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato podrá recurrir a una operación de reemplazo siempre que lo haga en forma y plazo razonables después de la resolución del contrato, en tal caso podrá exigir a la parte incumplidora la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento de cualquier otro daño adicional.

4.2.2.3 Morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles.

El Capítulo III, “De la morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles” está compuesto de seis artículos, artículos 413-1 al 413-6, divididos en dos secciones, la primera de ellas (artículos 413-1 a 413-3) destinada a regular un régimen general de mora y, la segunda de ellas, (artículos 413-4 a 413-6) destinada a establecer determinadas normas tendentes a regular la morosidad en operaciones entre empresario o entre éstos y los poderes públicos¹²⁹.

Destaca la importancia que la PALCM da a la regulación de la mora, probablemente derivado de la regulación que de la misma se ha venido realizando en los últimos años a través del Derecho Europeo mediante dos Directivas comunitarias, la Directiva del Parlamento y del Consejo de 29 de

¹²⁹ VERGÉZ SÁNCHEZ, Mercedes. “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en la Propuesta de Código Mercantil”. *Revista de Derecho Mercantil*. N° 292, 2014, pág. 11-22.

junio de 2000, la de 16 de febrero de 2011¹³⁰, por las que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y que han sido incorporadas ya a través de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y sus modificaciones posteriores¹³¹.

La Sección 1ª, “Disposiciones generales”, comienza estableciendo una regla general de comienzo de la morosidad, en este sentido, los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los contratos mercantiles comenzarán:

- (i) En los contratos que tuvieren un día señalado para su cumplimiento por voluntad de las partes o de la Ley, el día siguiente de su vencimiento.
- (ii) En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor interpellase al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios.

¹³⁰ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. “Tendencias legislativas actuales en materia de morosidad. Ley 15/2010 y Directiva 2011/7”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, págs. 333 – 334.

¹³¹ VERGÉZ SÁNCHEZ, Mercedes. “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en la Propuesta de Código Mercantil”. *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 292, 2014, pág. 11-22.

Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. DOCE 8 de agosto de 2000. L 200/35.

Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. DOUE 23 de febrero de 2011. L 48/1.

Seguidamente, el artículo 413-2 regula las consecuencias del retraso en el cumplimiento, estas consecuencias son básicamente el pago de un interés, ya sea para el caso de que se produzca un retraso en el cumplimiento de una deuda pecuniaria, así como un retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria cuya finalidad sea indemnizar el incumplimiento de una obligación no pecuniaria.

En la Sección 2ª de dicho capítulo III, se regula la morosidad en operaciones entre empresarios y operadores del mercado. En este sentido, se someten a las disposiciones de esta sección los pagos de las deudas dinerarias nacidas de operaciones comerciales, realizadas entre operadores del mercado, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 413-4.1 de la PALCM.

El artículo 413-4 de la PALCM establece la forma de cálculo de los intereses moratorios en defecto de pacto, en particular establece que dicho interés será la suma representada por el interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de refinanciación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más los puntos porcentuales que establezca la ley. Dicha forma de cálculo del interés moratorio coincide prácticamente con la establecida en el artículo 7.1 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales¹³².

¹³² Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

“Artículo 7. Interés de demora.

En lo que respecta a los costes de cobro, cuando el deudor incurra en retraso culpable, el acreedor tendrá derecho a cobrar una cantidad fija y también a reclamar una indemnización por todos los costes de cobro.

Finalmente, el artículo 413-6 de la PALCM, en similar sentido que el artículo 9 de la Ley 3/2004, establece que serán nulas aquellas cláusulas pactadas entre los contratantes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto a los plazos de pago y al tipo legal de intereses moratorios de los establecidos en la PALCM, todo ello, con el objeto de evitar la introducción de cláusulas abusivas por contrapartes con una posición dominante.

4.2.3 Formas especiales de contratación.

El Título II del Libro IV de la PALCM regula las formas especiales de contratación y, al igual que ya realizaba la PCM, distingue tres formas especiales de contratación; la contratación electrónica (regulada en los

1. El interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal que se establece en el apartado siguiente.

2. El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales.

Por tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de financiación se entenderá el tipo de interés aplicado a tales operaciones en caso de subastas a tipo fijo. En el caso de que se efectuara una operación principal de financiación con arreglo a un procedimiento de subasta a tipo variable, este tipo de interés se referirá al tipo de interés marginal resultante de esa subasta.

El tipo legal de interés de demora, determinado conforme a lo dispuesto en este apartado, se aplicará durante los seis meses siguientes a su fijación.

3. El Ministerio de Economía y Hacienda publicará semestralmente en el «Boletín Oficial del Estado» el tipo de interés resultante por la aplicación de la norma contenida en el apartado anterior.”

artículos 421-1 a 421-11); la contratación en pública subasta (artículos 422-1 a 422-6); y finalmente la contratación automática (artículos 423-1 a 423-4).

4.2.4 Cláusulas de confidencialidad y exclusiva.

El Libro IV de la PALCM finaliza con la regulación de las cláusulas de confidencialidad y exclusividad en los contratos mercantiles (artículos 430-1 y 430-2)¹³³.

En lo que respecta a la confidencialidad, el artículo 430-1 permite a las partes involucradas en un contrato mercantil pactar el carácter confidencial de la información que se conozca o se vaya a conocer durante las negociaciones o durante la vigencia del contrato mercantil. En este sentido, el deber de confidencialidad se configura como una obligación de las partes de mantener como reservada toda aquella información que reciban de la otra durante el curso de las negociaciones, determinando que aquella parte que no cumpla con esta obligación responderá ante la otra de los daños y perjuicios que le ocasione.

El fundamento de este deber de confidencialidad cabe encontrarlo en la buena fe que debe presidir las negociaciones preliminares y que se ve afectado en aquellos supuestos en los que se vulnere.

Llama la atención el hecho de que el artículo 430-3 limite la responsabilidad

¹³³ VERGÉZ SÁNCHEZ, Mercedes. “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en la Propuesta de Código Mercantil”. *Revista de Derecho Mercantil*. N° 292, 2014, pág. 11-22.

por la infracción del deber de confidencialidad únicamente a los daños y perjuicios cuando es notorio que en ciertos supuestos la violación del deber de confidencialidad tiene como finalidad el aprovechamiento de la misma para el beneficio propio. Por tanto, entendemos que la responsabilidad por la violación del deber de confidencialidad debería de ir más allá y cuantificarse no sólo conforme a los daños y perjuicios sufridos sino también al beneficio que pudiera haber obtenido la parte incumplidora.

Finalmente, el artículo 430.2 de la PALCM regula en términos generales las cláusulas de exclusividad aplicables a los contratos mercantiles, regulando su ámbito de aplicación, delimitación y régimen de incumplimiento, dicha regulación será objeto de estudio en mayor profundidad en el apartado 3.3 del capítulo IV del presente trabajo a la hora de analizar en profundidad la regulación del contrato de distribución en exclusiva en la PALCM.

4.3 Los Contratos de Distribución en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

4.3.1 Análisis comparativo de la regulación de los Contratos de Distribución en el PLCD y la PALCM.

4.3.1.1 Preliminar.

La regulación de los contratos de distribución comercial prevista en la PALCM se encuadra sistemáticamente en el título IV referido a los contratos de colaboración, perteneciente al Libro V que trata “de los contratos mercantiles en particular”. Los contratos de distribución comercial se

presentan, por tanto, como una de las principales modalidades de los contratos de colaboración entre empresarios, siendo objeto de una regulación singular.

Hay que señalar que bajo la rúbrica de contratos de colaboración se regulan también los contratos de comisión, agencia, estimatorio, mediación y participación (actualmente cuentas en participación)¹³⁴.

La regulación contemplada en la PALCM parte de la regulación ya prevista en el PLCD, siendo mayormente una transposición de la normativa contenida en el PLCD con ciertas modificaciones tal y como expondremos a continuación en el presente apartado¹³⁵.

¹³⁴ ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1163-1175; URIARTE CONDÓN, Aner. El futuro Código Mercantil visto por un Magistrado de lo Mercantil. *Revista Derecho de los Negocios*. Nº. 194, 2013, págs. 15-18. ALTIRRIBA I VIVES, Xavier y CUENCA MÁRQUEZ, Juan. “La distribución comercial: presente, pasado y futuro. Análisis del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil y reciente dictamen 837/2014 del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 4, 2015, págs. 179-194; CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “El contrato de distribución comercial: ¿en el “futuro” Código mercantil o en una ley especial?” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1247-1288; PLANA PALUZIE, Alex. “El contrato de distribución en la propuesta de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 8, diciembre 2013, págs. 67-82; CAÑABATE POZO, Rosario. “Nueva Perspectiva de Regulación de los Contratos de Distribución”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 11, marzo 2014, págs. 23-42.

¹³⁵ CRUZ RIVERO, Diego. “La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. El proyecto de Ley de contratos de distribución y la propuesta de Código Mercantil.” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.285.

Así, la PALCM opta por regular los contratos de distribución de tal manera que, por un lado, establece unas normas singulares sobre dichos contratos para orientar las decisiones de los operadores del mercado y, por otro lado, regula los desequilibrios contractuales así como los comportamientos anticompetitivos para ponerles remedio y evitar situaciones de abuso¹³⁶.

4.3.1.2 Principios rectores, conclusión y contenido del contrato.

Con carácter inicial hay que determinar si las normas contenidas en el articulado de la PALCM son normas imperativas o por el contrario tienen carácter dispositivo. Las primeras chocan con el principio de libertad de pacto y autonomía de la voluntad, por lo que la regulación debe ser excepcional y debe justificarse en base a criterios de interés general o de equidad¹³⁷. Es por ello que las normas dispositivas propias del derecho mercantil presentan un carácter flexible al dar peso a la libertad de pacto entre las partes, pero como contraprestación tienen el inconveniente de que no tienen una solución preestablecida para el conflicto ocasionado o para clarificar las normas de forma supletoria en caso de omisión.

El primer cambio apreciable entre el PLCD y la PALCM lo encontramos una vez llegado al artículo 4 del PLCD, el cual establece los principios por los cuales deben regirse los contratos de distribución comercial. En este

¹³⁶ ALONSO SOTO, Ricardo. “Los Contratos de Distribución Comercial en la Propuesta de Código Mercantil.” *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*. Nº 14, Ed. La Ley, Madrid 2014, págs. 13-24.

¹³⁷ ALO ALONSO SOTO, Ricardo. “Los Contratos de Distribución Comercial en la Propuesta de Código Mercantil.” *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*. Nº 14, Ed. La Ley, Madrid 2014, págs. 13-24.

sentido, el artículo 4.1. del PLCD establece que los contratos de distribución deberán de regirse por los principios de libertad de pactos, colaboración, igualdad de trato entre las partes, interés mutuo y buena fe en la ejecución e interpretación de los acuerdos.

Estos principios previstos en el PLCD son recogidos algunos de ellos a lo largo del contenido de la PALCM. A modo de ejemplo, el principio de libertad de pactos ya aparece en la exposición de motivos número VI-3 de la PALCM¹³⁸, mientras que en lo que respecta a los principios de buena fe, colaboración e interés mutuo, los podemos encontrar en el artículo 545-7 de la PALCM, que exige que las partes contratantes observen en sus recíprocas relaciones la máxima lealtad y buena fe.

Asimismo, en lo que respecta al principio de independencia previsto en el artículo 4.2 del PLCD, éste ha sido recogido en la PALCM en el artículo 545-14, el cual establece la independencia entre proveedor y distribuidor, de forma económica y con autonomía jurídica, siendo los únicos titulares frente a terceros de los derechos y obligaciones derivados de las relaciones entre ambos, salvo para los casos de responsabilidad del fabricante. Asimismo, el artículo 545-3 de la PALCM excluye del ámbito de esta normativa los contratos de distribución que impliquen una vinculación de

¹³⁸ Expositivo VI-3 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es. Que establece:

“Así pues, subsiste plenamente la posibilidad de considerar como mercantiles algunos tipos contractuales que aparecen en el tráfico en virtud del principio de libertad de pactos. A esos contratos atípicos se les aplicarán las normas sobre obligaciones y contratos mercantiles en general que aparecen en el Libro cuarto de este Código

naturaleza laboral entre el proveedor y la persona que se encarga de distribución de ahí la importancia de este artículo.

Otro de los principios rectores contemplados en el PLCD es el previsto en el artículo 4.3 y el cual establece que cuando el diseño de una red de distribución implique la atribución a un proveedor de un poder de dirección comercial sobre una pluralidad de distribuidores, dicho poder deberá ejercerse bajo los principios de responsabilidad, desarrollo en interés común e información de los partícipes, siendo dicho principio parcialmente recogido en el artículo 545-8 de la PALCM a la hora de establecer las obligaciones del proveedor.

Por otro lado, el principio rector previsto en el artículo 4.4. del PLCD y que establece que las modificaciones y novaciones de los contratos de distribución se deben hacer de mutuo acuerdo y obedeciendo a los principios de motivación y no discriminación o abuso de la dependencia no ha sido contemplado en la PALCM. En todo caso, en cuanto al abuso de dependencia se estaría a lo dispuesto al respecto en materia de Derecho de la Competencia¹³⁹.

Para finalizar con el análisis de los principios rectores, en lo que respecta al principio rector contemplado en el artículo 4.5 del PLCD relativo a que el contenido de los contratos de distribución queda sometido a la normativa de defensa de la competencia, ha sido previsto en el artículo 545-4 de la

¹³⁹ ARROYO APARICIO, Alicia, “Discriminación y Dependencia Económica”. En *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*. Coord. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, Vol. 2, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, págs. 1473-1524.

PALCM, que establece asimismo que los contratos de distribución se regirán por lo acordado por las partes y, en su defecto, por las disposiciones de la PALCM, sin perjuicio de la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Evidentemente, la interrelación entre esta materia y la defensa de la competencia es fundamental, en tanto que las restricciones verticales que puedan producirse entre fabricantes y distribuidores han de ser examinadas en su caso a la luz de los Reglamentos de exención correspondientes¹⁴⁰.

Posteriormente, la PALCM continúa con la sección 2ª, “de la conclusión del contrato”, comenzando con el artículo 545-5, el cual establece que cualquiera de las partes podrá exigir en el momento de la celebración o más tarde, que el contrato conste por escrito y obtener un ejemplar. Todo ello, mientras que el artículo 8 del PLCD establecía la obligatoriedad de que los contratos de distribución se establecieran por escrito, así como sus posteriores modificaciones. Así pues, la PALCM ha optado por eliminar la obligatoriedad de exigir que el contrato de distribución conste por escrito, permitiendo a cualquiera de las partes, en su caso, solicitarlo. Esta última disposición no alteraría lo ya previsto en general en materia contractual.

Continúa el artículo 545-6 de la PALCM regulando la información precontractual que las partes deberán de entregarse con anterioridad a la formalización del contrato. Con respecto a la regulación contemplada en el PLCD, se establecen una serie de deberes precontractuales para las partes,

¹⁴⁰ REGLAMENTO (UE) No 330/2010 DE LA COMISIÓN de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. L102/1. DOUE , 23 de abril de 2010.

que consisten en entregar por escrito y con una anterioridad mínima de un mes toda la información necesaria para que las partes puedan obligarse con conocimiento de causa, debiendo esta información ser veraz y no engañosa. En este caso, la exigencia de forma escrita se prevé desde la norma misma.

En particular, se debe suministrar la identidad de los contratantes y los datos económicos y jurídicos de sus establecimientos, las características de la distribución, titularidad de los signos distintivos y extensión de la red de distribución en España y los elementos y contenidos del contrato, pero resaltando los derechos, obligaciones, pactos de exclusividad, restricciones impuestas a la actividad del distribuidor, causas y condiciones de resolución y efectos de la extinción. En el PLCD, artículo 6, ésta información sólo se debía suministrar en el supuesto de que se fuera a integrar en una red de distribución en la que el proveedor organizase la misma.

Asimismo, ambas partes deben mantener una absoluta confidencialidad de la información suministrada por la otra parte. Con respecto a la normativa del PLCD, la única excepción a esta cláusula de absoluta confidencialidad es la de poner en conocimiento a los profesionales jurídicos o económicos que colaboren con ellos. La no inclusión de estas líneas en el texto de la PALCM puede deberse a que no era necesaria esta especificación pues dichos profesionales ya están obligados a guardar confidencialidad por sus respectivos códigos deontológicos.

Seguidamente, la PALCM continúa con la sección 3ª del “contenido del contrato”, comenzando con los artículos 545-6, 545-7 y 545-8 en los que se regulan las obligaciones de las partes en los contratos de distribución,

debiendo las partes observar en sus recíprocas relaciones la máxima lealtad y buena fe y colaborar para la amplia difusión en el mercado de los bienes y servicios objeto del contrato.

En cuanto a la cesión del contrato y nombramiento de colaboradores, se regula en el art. 545-13 de la PALCM y establece que, sin el consentimiento del proveedor, el distribuidor no puede ceder total o parcialmente el contrato ni designar subcontratistas. En cambio, el distribuidor puede nombrar agentes u otro tipo de colaboradores, pero estos no tendrán ningún tipo de vínculo con el proveedor salvo que en el contrato de distribución se pacte otra cosa. Así, como novedad respecto al PLCD vemos que con anterioridad para la cesión del contrato se necesitaba el consentimiento de ambos y en esta propuesta sólo se requiere el consentimiento del proveedor¹⁴¹.

4.3.1.3 Extinción del contrato.

La sección quinta, “de la extinción del contrato”, artículos 545-18 a 545-23 de la PALCM, trata sobre la duración y extinción del contrato y su contenido y regulación es muy similar a la establecida en el PLCD.

Lo primero a tener en cuenta a la hora de resolver un contrato de distribución es la duración del mismo, el artículo 545-18 de la PALCM establece como

¹⁴¹ Art.18.1 del Proyecto de Ley núm. 121-000138/2011, de 24 de junio. Proyecto de Ley de Contratos de Distribución.

CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “El contrato de distribución comercial: ¿en el “futuro” Código mercantil o en una ley especial?” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.261.

clausula genérica que, en el caso de no pactarse una duración del contrato de distribución, éste se establece por tiempo indefinido. Asimismo, si un contrato de tiempo determinado continúa realizándose con posterioridad a la fecha final del mismo, se considera prorrogado por tiempo indefinido.

En los contratos indefinidos antes de la extinción y resolución de los mismos debe mediar preaviso, el cual consiste en una denuncia unilateral, mínimo un mes antes por cada año de vigencia y con un máximo de seis meses. Si alguna de las partes incumple, da derecho a la otra a exigir una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por dicha causa.

Otros supuestos de extinción son aquellos pactados por las partes sin necesidad de preaviso cuando la otra ha sido declarada en concurso de acreedores o cuando se producen alguna de las causas de extinción pactadas. En estos casos se entiende extinguido con la simple notificación del escrito en el que se indica la causa y la voluntad de que da pie a la resolución. En la práctica cabe pensar en supuestos en los que se haya previsto en un contrato cláusulas de resolución automática, que habrán de considerarse en función de la prueba.

En cuanto a la amortización de las inversiones concretas, los contratos por tiempo indeterminado no pueden ser denunciados antes de que haya transcurrido un plazo razonable para amortizar las inversiones realizadas, pues de lo contrario surge la obligación de indemnizar por dichas inversiones no amortizadas. Son inversiones específicas aquellas que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo, total o parcialmente, para usos alternativos por lo que le ocasionan un perjuicio grave al inversor que

las acometió en su momento. El PLCD establecía que debía pactarse un periodo de duración mínimo para hacer posible la amortización de las inversiones específicas necesarias, siendo más garantista que el actual PALCM a ese respecto.

Extinguido el contrato de distribución las partes colaborarán en la liquidación del contrato, llevando a cabo aquellas previsiones establecidas de buena fe y sobre la base del principio de colaboración entre las partes¹⁴². Las mercaderías en poder del proveedor o del distribuidor que tengan origen en el contrato deben ser adquiridas por la otra parte a precio de venta o compra. En los tres meses siguientes a contar desde la fecha de finalización del contrato, el proveedor debe retirar, a coste suyo toda la publicidad que hubiera entregado gratuitamente al distribuidor. Una vez extinto no puede utilizarse material publicitario que haga intuir que se continúa con el contrato.

Otra cuestión a tener en cuenta a la hora de finalizar un contrato de distribución y que se encuentra regulada en ambas propuestas normativas es la compensación por clientela¹⁴³. Salvo que se pacte de forma diferente, el proveedor no está obligado a compensar al distribuidor por la generación de clientela, no obstante, de forma excepcional el distribuidor tiene derecho a una compensación si la naturaleza del contrato y la actividad del distribuidor hubiera incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número

¹⁴² ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor. “Problemas de política Jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N °10, 2012, pág. 24 y ss.

¹⁴³ MARTÍNEZ SANZ, Fernando. “La indemnización por clientela de los distribuidores”. *Congreso de Distribución Comercial y Derecho de la Competencia*. Madrid 2008, págs. 589-599.

de clientes; el distribuidor haya facilitado al proveedor un listado de los clientes o exista un pacto en el que una vez finalizado el contrato el distribuidor no puede hacer competencia al proveedor o a su nuevo distribuidor durante un año como máximo.

La principal diferencia de esta regulación frente al PLCD es que en la PALCM sólo es necesaria una de las anteriores condiciones para que se pudiese obtener una indemnización por la clientela generada¹⁴⁴, mientras que en el PLCD se debían de cumplir conjuntamente tanto la existencia de un incremento de la clientela como la existencia de un pacto de no competencia por parte del distribuidor que le impida hacer la competencia al proveedor.

Hay que añadir que tanto el PLCD como la regulación contenida en la PALCM no hacen distinción alguna a la hora de conceder la indemnización sobre clientela al respecto de la duración del contrato, siendo indiferente que éste tenga duración determinada o indefinida¹⁴⁵.

4.3.2 Contratos de distribución comercial objeto de regulación en la PALCM.

Los contratos de distribución son una categoría en la que se integran distintas formas contractuales atípicas como son el contrato de compra en exclusiva, el contrato de venta en exclusiva, distribución autorizada, distribución selectiva, concesión mercantil y franquicia. Dichas figuras

¹⁴⁴ARRUÑADA PARDO, María. “Publicado en el BOCG el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución”. *Boletín Mercantil*, nº 6, Albiñana & Suárez de Lezo, Abril-Junio 2011, págs. 18-19.

¹⁴⁵ÁGUILA REAL, Jesús. “Indemnización por clientela: no depende, tampoco en un contrato de distribución, de que el contrato sea de duración determinada o indefinida”. *Blog Derecho Mercantil*. <https://derechomercantilesana.blogspot.com/>. Marzo 2011.

contractuales son objeto de regulación tanto en el PLCD como en la PALCM.

Ambas propuestas normativas huyen de la regulación individual de estos contratos al considerarse dicha alternativa como menos flexible y más restrictiva de la autonomía de la voluntad, por lo que se opta por una regulación genérica para todas las modalidades contractuales complementada con una regulación específica para cada uno de los tipos contractuales¹⁴⁶.

Asimismo, la principal dificultad de regular de forma genérica los distintos tipos de contratos de distribución radica en que estos tienen algunas diferencias muy marcadas, a modo de ejemplo se puede citar el contrato de franquicia, el cual podría perfectamente ser objeto de una regulación independiente¹⁴⁷.

Finalmente, al igual que ocurriría en el PLCD, las modalidades de contratos de distribución previstas en la PALCM no tienen el carácter de lista cerrada, permitiendo que cualquier relación jurídica que pueda encuadrarse dentro del concepto de distribución previsto en la PALCM pueda quedar sometida a las normas establecidas en la PALCM.

¹⁴⁶CRUZ RIVERO, Diego. “La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. El proyecto de Ley de contratos de distribución y la propuesta de Código Mercantil.” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1.262-1.288.

¹⁴⁷ PLANA PALUZIE, Alex. “El contrato de distribución en la propuesta de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 8, diciembre 2013, págs. 67-82.

4.3.2.1 El contrato de compra y venta en exclusiva.

A continuación, procederemos a exponer las líneas principales de los contratos de compra y venta en exclusiva, figuras contractuales objeto del presente trabajo y que en el capítulo IV posterior se procederá a exponer su contenido en mayor detalle, explicando, entre otros aspectos, la regulación general aplicable que se contempla en los artículos 545-5 y siguientes de la PALCM.

El contrato de compra en exclusiva está contemplado en el artículo 545-2 a) de la PALCM, definiéndolo como un contrato en virtud del cual el distribuidor, a cambio de contraprestaciones especiales, se obliga a adquirir, para su comercialización, determinados bienes o servicios solamente al proveedor o a otras personas a quienes éste designe¹⁴⁸.

Asimismo, en el apartado b) del artículo 545-2 se contempla la modalidad del contrato de venta en exclusiva, siendo definido como aquel contrato en virtud del cual el proveedor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes o servicios especificados en el contrato para su comercialización en dicha zona con carácter general o

¹⁴⁸ Artículo 545-2 a) de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es:

“a) El contrato de compra en exclusiva, por el cual el distribuidor, a cambio de contraprestaciones especiales, se obliga a adquirir, para su comercialización, determinados bienes o servicios solamente al proveedor o a otras personas a quienes éste designe.”

con respecto a un grupo de clientes¹⁴⁹.

La compra en exclusiva es justamente la figura contraria a la venta en exclusiva, en el primer caso, el distribuidor se compromete a adquirir productos o servicios solamente al fabricante o proveedor o a empresas vinculadas a él o a terceras empresas a las que aquél haya encargado la distribución de los productos. Por el contrario, la segunda modalidad, es el proveedor o fabricante el que asume el compromiso de no vender el producto a otro distribuidor dentro del territorio establecido o con respecto a un grupo de clientes¹⁵⁰.

Las particularidades normativas del contrato de distribución exclusiva respecto de las restantes modalidades de contratos de distribución previstos en la PALCM se establecen en el artículo 545-15 de dicha propuesta normativa, el cual sirve para definir lo que se denomina “ventas activas” y “ventas pasivas.” Siendo la venta activa consistente en vender fuera del territorio de la exclusividad, mientras que venta pasiva es la consistente en

¹⁴⁹ Artículo 545-2 b) de la propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es:

“b) El contrato de venta en exclusiva, por el cual el proveedor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes o servicios especificados en el contrato para su comercialización en dicha zona con carácter general o con respecto a un grupo de clientes.”

¹⁵⁰ DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Compra y venta exclusiva. Marca Única”. En: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: Repercusiones en el Derecho Español y en la Práctica Contractual*. Dir. CARBAJO CASCÓN, Fernando. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, Págs. 91-134.; ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 56-73.

vender dentro del territorio de exclusiva a personas no pertenecientes al mismo¹⁵¹.

La STS de 8 de noviembre de 1995 define la distribución en exclusiva como aquél contrato por el cual un empresario, distribuidor, se obliga autónomamente, como contrapartida de unas fundadas expectativas de ganancia anudadas a una posición privilegiada en el mercado de la reventa, a promover la comercialización de productos fabricados por la contraparte concedente. Así, el distribuidor se compromete a adquirir del proveedor en determinadas condiciones productos y a revenderlos también bajo ciertas condiciones en una zona¹⁵².

Como se puede entender, ambas modalidades giran en torno a la “exclusividad” de vender o comprar en una determinada zona geográfica prohibiéndose, adicionalmente, el poder hacer publicidad o captar clientes de otras zonas. Así, estas modalidades contractuales constituyen una eficaz fórmula de colaboración entre empresarios que permite al proveedor organizar la producción y al distribuidor garantizarse un abastecimiento regular de productos¹⁵³.

¹⁵¹ ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.173.

¹⁵² STS de 8 de noviembre de 1995, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1315/1992 (RJ1995/8637).

¹⁵³ ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.173.

En el contrato se debe determinar de forma exhaustiva la zona geográfica concreta, puesto que en caso de conflicto se entiende ésta de forma extensiva. Se deben establecer los determinados bienes o servicios con los que el distribuidor puede desarrollar la actividad comercial, hacer publicidad o captar clientes. Al mismo tiempo deben incluirse las excepciones de forma clara y detallada.

La exclusividad geográfica también puede establecerse respecto a la posibilidad de practicar una actividad publicitaria, puesto que el distribuidor no tiene en principio la posibilidad de desarrollarla al requerírsele el consentimiento previo al distribuidor.

Por otra parte, para que el proveedor pueda reservarse la facultad de realizar ventas directas a determinados clientes debe quedar plasmado en el contrato de forma que se permita identificar a aquellos¹⁵⁴.

Las cláusulas que debe contemplar el contrato sobre las obligaciones y derechos de las partes, aparte de lo que debe entenderse por zona geográfica, deben determinar los elementos principales del contrato, es decir, el número

¹⁵⁴ Art. 545-15.2 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es, el cual establece:

“2. Para que el proveedor pueda reservarse la facultad de realizar ventas directas a determinados clientes dentro de la zona exclusiva, deberá establecerse en el contrato la adecuada identificación de aquéllos así como la compensación que, en su caso, convenga con el distribuidor por las operaciones que realice el proveedor en dicha zona.”

de bienes que debe mantener disponible el proveedor, el precio, calidad y presentación, los elementos de prestación de servicios necesarios, la posibilidad de practicar y llevar a cabo una actividad publicitaria y en qué forma por parte del distribuidor, la posibilidad de nombrar subcontratistas o cesión, total o parcial del contrato, la duración del contrato, el preaviso para la resolución anticipada del mismo, otros supuestos de resolución anticipada, la forma que deben las partes colaborar en la liquidación del contrato, el plazo razonable para la amortización de las inversiones específicas y, en su caso, la posible indemnización por la denuncia anticipada.

Como veremos, en este tipo de contrato de distribución tendrá especial relevancia la compensación por clientela, puesto que al establecerse una zona geográfica exclusiva en la que puede operar el distribuidor, el número de clientes puede aumentar sustancialmente, en este sentido, sería conveniente establecer las formas en las que se calcula la compensación sobre la base del incremento sustancial del número de clientes u operaciones ya que la PALCM no fija nada al respecto¹⁵⁵.

En este sentido, se puede entender que no existe un límite legal al importe de la indemnización por clientela y por tanto las partes pueden fijarlo o por el contrario se debe acudir analógicamente a la regulación del contrato de agencia. En este sentido, el Tribunal Supremo se ha manifestado al respecto en su STS de 31 de mayo de 2012, en la cual aplicó analógicamente el

¹⁵⁵ PLANA PALUZIE, Alex. “El contrato de distribución en la propuesta de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 8, diciembre 2013, págs. 67-82

artículo 28.3 de la LCA y en virtud del cual la indemnización no podrá exceder del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior¹⁵⁶.

4.3.2.2 El contrato de distribución autorizada.

El artículo 545-2 c) de la PALCM define al contrato de distribución autorizada como aquel contrato por el cual el proveedor se obliga a suministrar al distribuidor bienes y servicios para que éste los comercialice, bien directamente o bien a través de su propia red, como distribuidor oficial, en una zona geográfica determinada¹⁵⁷.

La mayoría de los autores reconducen esta figura a otras, especialmente a la distribución selectiva, en este sentido, podemos encontrar a autores que agrupan el contrato de distribución selectiva con el de distribución

¹⁵⁶ STS de 31 de mayo de 2009. Fundamento de Derecho II. STS de 31 de mayo de 2012, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 341/2012 (RJ 2012/6549), la cual establece en su Fundamento de Derecho V:

“Conviene advertir que el legislador no cuantifica la indemnización por clientela ni suministra los parámetros para su cuantificación, sino que se limita a establecer un tope máximo, en el apartado 3 del art. 28 LCA (...). Es por ello que el juicio de equidad en la determinación de la procedencia de la indemnización por clientela previsto en el apartado 1 del art. 28.1 LCA debe alcanzar también a la fijación de su importe, sin perjuicio de que en todo caso deba respetarse el límite legal contenido en el apartado 3”

¹⁵⁷ ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.169; DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Compra y venta exclusiva. Marca Única”. En: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: Repercusiones en el Derecho Español y en la Práctica Contractual*. Dir. CARBAJO CASCÓN, Fernando. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, págs. 91-134

autorizada bajo la rúbrica del contrato de distribución selectiva o de establecimiento autorizado y definen esta modalidad como contrato de distribución oficial de zona sin protección territorial¹⁵⁸.

Asimismo, otros autores definen la distribución autorizada como aquel contrato mediante el cual un proveedor (fabricante/licenciataria/mayorista) se obliga a suministrar a un número de distribuidores los productos contractuales en orden a su reventa por estos a uno o a un doble nivel y en su caso prestación de servicio técnico postventa, analizando esta modalidad contractual desde el punto de vista de la distribución selectiva¹⁵⁹.

De esta manera, esta figura contractual se perfila como una autorización por parte del proveedor al distribuidor para mostrarse en el tráfico como distribuidor oficial del producto o productos del proveedor, viniendo obligado el distribuidor a promocionar dichos productos y el proveedor a suministrárselos. Asimismo, las partes utilizan cláusulas de compra mínima o reventas con condiciones económicas preferentes respecto de otros distribuidores sin la existencia de una exclusiva territorial. De esta manera, el distribuidor autorizado goza de cierto trato preferencial respecto de los

¹⁵⁸ ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 68.; ALONSO SOTO, Ricardo. “Los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Curso de Derecho Mercantil Vol. II*. Dir(s). URÍA MERUÉNDANO, Rodrigo, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. Coord. APARICIO GONZÁLEZ, María Luisa. Ed. Civitas, Madrid 2007, págs. 111 y 112.; TORRUBIA CHALMETA, Blanca. “El Contrato de Distribución Selectiva”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 8, Enero-Junio 2011, Ed. La Ley, pág. 93 y ss.

¹⁵⁹ DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Compra y venta exclusiva. Marca Única”. En: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: Repercusiones en el Derecho Español y en la Práctica Contractual*. Dir. CARBAJO CASCÓN, Fernando. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 113 y ss.

restantes distribuidores que operan en su zona geográfica de interés, lo que le otorga cierta ventaja competitiva¹⁶⁰.

Esta modalidad contractual simboliza el traslado del contrato de “*agréation*” del Derecho francés en virtud de la cual el proveedor determina una serie de requisitos que deben reunir los distribuidores autorizados y que se consideran garantes de la calidad del servicio y por tanto del prestigio de la marca¹⁶¹.

En este sentido, aunque la red de distribución autorizada de la marca se erija sobre contratos bilaterales individuales e independientes entre sí, estos acuerdos en la práctica producen la superación del principio de relatividad de los contratos puesto que convergen en una finalidad e interés común sinalagmático¹⁶².

Los elementos de esta modalidad contractual son el proveedor y el distribuidor autorizado u oficial. Para la formalización del contrato adquiere especial relevancia los deberes precontractuales de identificación a los contratantes y los datos económicos y jurídicos de sus establecimientos

¹⁶⁰ DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Compra y venta exclusiva. Marca Única”. En: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: Repercusiones en el Derecho Español y en la Práctica Contractual*. Dir. CARBAJO CASCÓN, Fernando. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 114.

¹⁶¹ CRUZ RIVERO, Diego. “La tipificación de los contratos de distribución. Un comentario a las últimas propuestas de regulación”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N° 15, segundo semestre 2014, págs. 83-106.

¹⁶² DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Compra y venta exclusiva. Marca Única”. En: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: Repercusiones en el Derecho Español y en la Práctica Contractual*. Dir. CARBAJO CASCÓN, Fernando. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 114.

mercantiles para poder identificar la red del distribuidor, así como la zona geográfica de actuación del distribuidor autorizado.

En el contrato se deben determinar los elementos del mismo, entre otros, el número de productos a distribuir que deben mantenerse disponibles, el precio, calidad y presentación, los elementos de prestación de servicios necesarios, la posibilidad de practicar y llevar a cabo una actividad publicitaria y en qué forma, la posibilidad de nombrar sub-distribuidores o cesión, total o parcial del contrato, compra mínima y reventa, duración, el preaviso para la resolución anticipada, plazo para la amortización de las inversiones del distribuidor, la posible indemnización por aportación de clientela, cláusulas de exclusiva, etc.

Debe destacarse que por sus características singulares en esta modalidad de contrato de distribución adquiere especial importancia la delimitación de la zona geográfica donde el distribuidor autorizado va a ser el distribuidor oficial así como la identificación de la red del distribuidor en la cual se integrará el distribuidor autorizado.

Finalmente, a diferencia de otros tipos de contratos de distribución previstos en la PALCM, el contrato de distribución autorizada no cuenta con ningún tipo de disposición especial en dicha propuesta normativa por lo que la totalidad de su regulación es común al resto de figuras contractuales de la distribución contempladas en la PALCM.

4.3.2.3 Contrato de distribución selectiva.

La PALCM define en su artículo 545-2 d) el contrato de distribución selectiva como aquel contrato por el cual el proveedor se obliga a vender los bienes o servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él y que generalmente no gozan de exclusividad territorial, mientras que el distribuidor se compromete a revenderlos a consumidores y usuarios finales, respetando las instrucciones pactadas y prestando, en su caso, asistencia técnica a los compradores¹⁶³.

Nuestra doctrina proporciona distintas definiciones del contrato de distribución selectiva, así, una de ellas lo define como una técnica de colaboración inter-empresarial en la comercialización de productos de marca, que media, directa o indirectamente, entre el titular del signo distintivo de los productos¹⁶⁴.

Otros autores lo definen como aquel contrato de distribución que tiende a urdir una malla o a crear una red o sistema de distribución con componentes endogámicos que repele o rechaza la entrada o intromisión de revendedores

¹⁶³ ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1168; DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Compra y venta exclusiva. Marca Única”. En: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: Repercusiones en el Derecho Español y en la Práctica Contractual*. Dir. CARBAJO CASCÓN, Fernando. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, págs. 91-134.

¹⁶⁴ DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Distribución autorizada y distribución selectiva (especialidades)”. En: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual*. Dir. CARBAJO CASCÓN, Fernando. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág.115.

o terceros no autorizados¹⁶⁵.

En cualquier caso y al igual que ocurre con el resto de tipos de contratos de distribución, la naturaleza del contrato de distribución selectiva mezcla especialmente rasgos tanto de la compraventa como del contrato de suministro, es por ello que se deberá de acudir a estas figuras contractuales para resolver los posibles conflictos interpretativos que se pudieran generar en su ejecución¹⁶⁶.

La selección del distribuidor hace que esta modalidad contractual se convierta en un contrato *intuitu personae*, de tal manera que su selección debe hacerse mediante criterios concretos y objetivos, basados de forma preferente en la capacidad técnica del distribuidor o en las características de su establecimiento. Así, dicho proceso se articula en torno a procedimientos de selección a menudo sofisticados que valoran la idoneidad del candidato, su nivel de solvencia y su potencial en el seno de la red¹⁶⁷.

A diferencia de lo que ocurre en la concesión, la distribución selectiva no persigue la elección de un número limitado de revendedores para asignarles

¹⁶⁵ BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique. “La posible configuración de las actividades de comercio paralelo como actos desleales de confusión o de engaño en el marco de la distribución selectiva”. *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*. Ed. La Ley, Nº 23, marzo 2016, Pág.8.

¹⁶⁶ Arts. 511-2 y ss. y art. 513-1 y ss. frente al art. 545-2 d) de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

¹⁶⁷ JARNE MUÑOZ, Pablo. “El intuitu personae en los contratos de distribución integrada”. *Revista Actualidad Civil*, Ed. La Ley, Nº 6, Junio 2016; TORRUBIA CHALMETA, Blanca. “El Contrato de Distribución Selectiva”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 8, Enero-Junio 2011, Ed. La Ley, pág. 93 y ss.

la exclusiva de reventa sobre la base de criterios territoriales y/o cuantitativos, sino asegurarse el fabricante determinadas condiciones técnicas y de calidad en la reventa al objeto de mantener la buena fama de sus productos en cuanto constituye la mejor garantía para mantener e incrementar las ventas¹⁶⁸.

Así, esta modalidad contractual no se puede aplicar a todo tipo de productos sino solamente a aquellos que precisan asistencia técnica en el momento de la venta o a un servicio técnico postventa que permita su correcto mantenimiento o reparación¹⁶⁹.

En cualquier caso, la finalidad distributiva es la que en realidad otorga a los contratos de distribución selectiva de caracteres propios, siendo este interés el que hace que los distribuidores se integren en la red del proveedor.

A diferencia de la distribución autorizada, la PALCM contiene una serie de disposiciones particulares aplicables al contrato de distribución selectiva y que se prevén en el artículo 545-16 de dicha propuesta normativa. En este sentido, el artículo 545-16.1 de la PALCM establece que para seleccionar a los distribuidores el proveedor debe utilizar criterios concretos y objetivos basados preferentemente en la capacidad técnica, condición personal y solvencia del distribuidor o en las características del establecimiento

¹⁶⁸ TORRUBIA CHALMETA, Blanca. “El Contrato de Distribución Selectiva”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 8, Enero-Junio 2011, Ed. La Ley, pág. 93 y ss.

¹⁶⁹ TORRUBIA CHALMETA, Blanca. “El Contrato de Distribución Selectiva”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 8, Enero-Junio 2011, Ed. La Ley, pág. 96.

ofrecido, así como también en el plan de distribución del proveedor¹⁷⁰.

El establecer que los distribuidores se deben seleccionar por criterios objetivos y concretos no se basa en una limitación de esta modalidad contractual, sino más bien como una forma de justificar la misma ya que en el momento de recurrir a este tipo de contrato el precio o el ámbito de distribución puede ser más relevante que la capacidad técnica del distribuidor frente a otro de menor envergadura o tamaño¹⁷¹.

Por otro lado, siendo desarrollada la actividad comercial a través de un establecimiento autorizado por el proveedor y no pudiendo revender o suministrar productos que sean objeto del contrato, ni sus recambios o accesorios, a terceros que no pertenezcan a la red de establecimientos autorizados, el distribuidor tendrá que tener acceso a la información actualizada de quienes componen la red de establecimientos autorizados mientras dure el contrato, todo ello a efectos de poder exigir del proveedor el cumplimiento del contrato llegado el caso.

La forma e información en que debe prestarse el asesoramiento técnico a los clientes tendría que quedar plasmado en el contrato aunque sea de forma

¹⁷⁰ Art. 545-16 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

¹⁷¹ ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 69.

sucinta¹⁷². Asimismo, si los trabajadores del distribuidor necesitan algún tipo de formación específica para el manejo y asesoramiento técnico a los compradores sobre los productos y servicios se deberá de especificar la forma en que dicha formación será proporcionada por el proveedor, así como quien asume los costes de desplazamientos, dietas y derivados por la formación de estos trabajadores.

Igualmente deberían quedar plasmadas en el contrato la forma en que pone el distribuidor el establecimiento al servicio del proveedor con todas sus características y elementos.

También habría que definir con claridad que se debe entender por establecimiento al ser un elemento clave de esta modalidad. En principio se debe entender como el lugar donde se van a prestar los servicios, puesto que la misma PALCM lo define como los bienes inmuebles y las instalaciones en los que el empresario desarrolla su actividad¹⁷³.

Al tener un carácter de *instituta personae* se debe entender que no se puede ceder el contrato salvo previo consentimiento del distribuidor¹⁷⁴. Al interpretar el contenido de la regulación de manera conjunta, en el momento

¹⁷² TORRUBIA CHALMETA, Blanca. “El Contrato de Distribución Selectiva”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 8, Enero-Junio 2011, Ed. La Ley, pág. 96.

¹⁷³ Arts. 131-3 y ss. de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

¹⁷⁴ JARNE MUÑOZ, Pablo. “El intuitu personae en los contratos de distribución integrada”. *Revista Actualidad Civil*, Ed. La Ley, Nº 6, Junio 2016; TORRUBIA CHALMETA, Blanca. “El Contrato de Distribución Selectiva”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 8, Enero-Junio 2011, Ed. La Ley, pág. 93 y ss.

de ceder el contrato de distribución el nuevo distribuidor que se subroga en el contrato deberá cumplir con los mismos o análogos presupuestos objetivos que permitieron establecer el contrato de distribución original.

Algunos autores consideran que el proveedor no se podrá negar en el supuesto de que se trate de una empresa perteneciente a la red de distribución puesto que ésta empresa ya resultaría idónea¹⁷⁵, sin embargo, no se puede compartir esta opinión puesto que la cesión y consentimiento no puede otorgarse casi automáticamente por el simple hecho de pertenecer a la red, sino que tienen que entrarse a valorar otras condiciones objetivas como puede ser el rendimiento futuro a obtener con el nuevo distribuidor, su actuales condiciones financieras y económicas, generación de clientela, condiciones geográficas, etc.

En lo que se refiere a la extinción del contrato, será de aplicación el mismo régimen previsto que para los restantes contratos de distribución conforme a los artículos 545-18 y siguientes de la PALCM¹⁷⁶.

En relación con este tipo contractual, cabe recordar, finalmente, que existe jurisprudencia del TJUE en la que el Tribunal se ha pronunciado a propósito de los sistemas de distribución selectiva en cuanto a si, en un sistema de distribución selectiva dirigido a preservar la imagen de lujo de los

¹⁷⁵ JARNE MUÑOZ, Pablo. “El intuitu personae en los contratos de distribución integrada”. *Revista Actualidad Civil*, Ed. La Ley, Nº 6, Junio 2016; TORRUBIA CHALMETA, Blanca. “El Contrato de Distribución Selectiva”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 8, Enero-Junio 2011, Ed. La Ley, pág. 93 y ss.

¹⁷⁶ TORRUBIA CHALMETA, Blanca. “El Contrato de Distribución Selectiva”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 8, Enero-Junio 2011, Ed. La Ley, pág. 100.

productos, el artículo 101, apartado 1, del TFUE, no se opone a una prohibición de vender a través de plataformas de terceros impuesta por un fabricante de productos de lujo a sus distribuidores autorizados, si pretende preservar la imagen de lujo de esos productos, estableciéndose de modo uniforme y aplicándose de forma no discriminatoria y proporcional al objetivo perseguido. Una conclusión que básicamente ya se sugería en las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales¹⁷⁷.

4.3.2.4 Contrato de concesión mercantil.

El contrato de concesión mercantil es la quinta de las modalidades contempladas en la PALCM y es definida en su artículo 545-2. e) como aquel contrato por el cual el proveedor se obliga a vender los bienes o servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él y que generalmente no gozan de exclusividad territorial, mientras que el distribuidor se compromete a revenderlos a consumidores y usuarios finales, respetando las instrucciones pactadas y prestando, en su caso, asistencia

¹⁷⁷ ARPIO SANTACRUZ, Juan Lorenzo. “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), asunto c-230/16, Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente gmbh, de 6 de diciembre de 2017 [ECLI: EU: C:2017:941]”. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 6, Nº. 1, 2018, págs. 329-332; y ARROYO APARICIO, Alicia. “Productos de lujo y distribución a través de plataformas de internet desde el Derecho Europeo de la Competencia (TJUE C-230/16, Asunto Coty)”. *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, Nº. 1, 2019, págs. 663-670.

técnica a los compradores¹⁷⁸.

En este sentido, nuestra doctrina considera esta modalidad contractual como el prototipo de contrato de distribución, puesto que además de existir un acuerdo de exclusiva, el concesionario se obliga a distribuir los productos o servicios siguiendo unas directrices dictadas por el proveedor que afectan a las condiciones de venta a terceros¹⁷⁹.

Para algunos autores el contrato de concesión mercantil es perfectamente asimilable al contrato de venta en exclusiva¹⁸⁰, en cambio, otros autores consideran al contrato de concesión como un contrato de distribución exclusiva al que se añaden una serie de estipulaciones que permiten al

¹⁷⁸ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1169; DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Distribución autorizada y distribución selectiva (especialidades)”. En: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual*. Dir. CARBAJO CASCÓN, Fernando. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, págs. 113-134; CRUZ RIVERO, Diego. “La tipificación de los contratos de distribución. Un comentario a las últimas propuestas de regulación”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N° 15, segundo semestre 2014, págs.83-106; CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “El contrato de distribución comercial: ¿en el “futuro” Código mercantil o en una ley especial?” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1.247-1.288; JARNE MUÑOZ, Pablo. “Aproximación a la problemática de los objetivos comerciales en los contratos de concesión mercantil”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N° 18, Primer semestre 2016.

¹⁷⁹ CRUZ RIVERO, Diego. “La tipificación de los contratos de distribución. Un comentario a las últimas propuestas de regulación”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N° 15, segundo semestre 2014, págs.83-106

¹⁸⁰ ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 66.

concedente crear una red comercial homogénea¹⁸¹.

Debe de destacarse que la propia PALCM contribuye a esta confusión existente entre distribución exclusiva y concesión al regular ambas figuras de manera conjunta en el artículo 545-15¹⁸².

Técnicamente la concesión se diferencia de la distribución exclusiva en el grado de integración que se produce entre proveedor y distribuidor, un ejemplo de ello se encuentra en que en la distribución exclusiva el distribuidor no pone al servicio del proveedor su establecimiento mercantil para la comercialización de los productos y servicios como si ocurre en la concesión.

Las partes de esta modalidad contractual son el concedente (proveedor),

¹⁸¹ CRUZ RIVERO, Diego. “La tipificación de los contratos de distribución. Un comentario a las últimas propuestas de regulación”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, Nº 15, segundo semestre 2014, pág. 89.

¹⁸² Art. 545-15 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es. El cual establece:

“Artículo 545-15. Concesión y venta en exclusiva.

1. La atribución de una zona geográfica o grupo de clientes en exclusiva para la comercialización de determinados bienes o servicios impedirá al distribuidor, en relación con dichos bienes o servicios, desarrollar una actividad comercial, hacer publicidad o captar clientes en otras zonas o grupos diferentes de los asignados por contrato. Sin embargo, el distribuidor podrá comercializar los bienes o servicios dentro de su territorio a personas de otras zonas aunque los adquirentes se propongan revender el producto o prestar el servicio en zonas geográficas diferentes, siempre que su puesta a disposición se realice dentro de dentro de la zona de exclusiva.

2. Para que el proveedor pueda reservarse la facultad de realizar ventas directas a determinados clientes dentro de la zona exclusiva, deberá establecerse en el contrato la adecuada identificación de aquéllos así como la compensación que, en su caso, convenga con el distribuidor por las operaciones que realice el proveedor en dicha zona.”

quien establece las directrices que ha de seguir el negocio y el concesionario (distribuidor), que pone su establecimiento al servicio de un proveedor para comercializar sus productos. Ambas partes asumen una serie de obligaciones de forma recíproca, en especial la obligación de no nombrar a otro distribuidor para una zona geográfica concreta para que lleve a cabo la reventa de bienes o la prestación de servicios de un fabricante o proveedor y de respetar esta zona exclusiva a cada uno de los otros distribuidores¹⁸³.

Los elementos de esta modalidad contractual no se diferencian en gran medida de los que se puedan establecer para las otras modalidades comentadas anteriormente, aunque presentan algunas particularidades propias.

Así, la fase precontractual va a tener especial incidencia debido a las características propias de esta modalidad, sobre todo por el alto control que va a tener el concedente sobre el concesionario. Esta modalidad contractual, en el caso de establecerse de forma escrita el contrato, tiene que contener innumerables variables que pueden determinar el éxito o fracaso del negocio¹⁸⁴. De esta manera, es lógico que el concedente pueda concretar los límites de actuación del concesionario en el contrato puesto que la comercialización de los productos o servicios por el concesionario se

¹⁸³ ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 67.

¹⁸⁴ JARNE MUÑOZ, Pablo. “Aproximación a la problemática de los objetivos comerciales en los contratos de concesión mercantil”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N° 18, Primer semestre 2016, pág. 6.

realizará bajo la marca del concedente¹⁸⁵.

Entre otras condiciones a establecer en el contrato, el concedente fijará los objetivos de compras y ventas mínimas que deba de cumplir el concesionario, adecuándolos periódicamente conforme a la evolución del mercado y sobre la base de planes de negocio previamente establecidos por las partes¹⁸⁶.

El establecer estos objetivos permite eliminar la obligación del concedente de limitarse a mantener las existencias que el concesionario le solicite y en las condiciones convenidas en cuanto al precio, calidad y presentación, número de unidades o elementos, siendo el volumen de los objetivos alcanzados por los diversos distribuidores los que actuarían a modo de indicador de estos elementos y como señal de una buena gestión de la distribución¹⁸⁷.

El precio de los productos que se pacte va tener una importancia especial, tanto en el funcionamiento del negocio como en la colaboración en la liquidación del contrato, puesto que éste será el valor por el que el concedente tendría que adquirir los bienes, en su caso.

¹⁸⁵ VALENZUELA GARACH, Francisco Javier. “El contrato de Concesión Mercantil y su extinción por denuncia unilateral”. *Revista de Derecho Mercantil*. N.º. 225, 1997, págs.1297-1324.

¹⁸⁶ JARNE MUÑOZ, Pablo. “Aproximación a la problemática de los objetivos comerciales en los contratos de concesión mercantil”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N.º 18, Primer semestre 2016, pág. 3.

¹⁸⁷ JARNE MUÑOZ, Pablo. “Aproximación a la problemática de los objetivos comerciales en los contratos de concesión mercantil”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N.º 18, Primer semestre 2016, pág. 6.

En cualquier caso, deben evitarse las cláusulas de objetivos basadas en criterios generales, debiendo de establecerse de forma personalizada para cada uno de los concesionarios atendiendo a la zona en que se va a llevar el contrato¹⁸⁸.

Las directrices y objetivos que se pacten entre las partes deben ser conformes con el derecho de defensa de la competencia dada la facilidad con la que se podría establecer alguna directriz que conlleve un abuso de la posición de dominio o una práctica restrictiva.

En cuanto a la cesión del contrato de concesión mercantil, se atenúan los requisitos frente a la rigidez derivada del concepto de *intuitu personae* que presentan otras modalidades contractuales de distribución al existir una exclusividad territorial, no obstante, sigue siendo necesaria la previa autorización del concedente para que el concesionario pueda ceder su posición contractual bajo el contrato¹⁸⁹.

El incumplimiento de los objetivos como cláusula de resolución del contrato puede quedar establecida pero no debe estar basada en objetivos imposibles de cumplir. En caso de conflictos, en primer lugar, se atenderá a lo establecido en el contrato, de forma que en los casos en los que los objetivos fijados se establezcan de manera aproximada, se deberá interpretar como una guía de la actividad. En el caso contrario de que los objetivos vengan

¹⁸⁸ JARNE MUÑOZ, Pablo. “Aproximación a la problemática de los objetivos comerciales en los contratos de concesión mercantil”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N° 18, Primer semestre 2016, pág. 6.

¹⁸⁹ JARNE MUÑOZ, Pablo. “El *intuitu personae* en los contratos de distribución integrada”. *Revista Actualidad Civil*, Ed. La Ley, N° 6, Junio 2016.

fijados en cantidades se entenderá como una cláusula de resultado.

Finalmente, hay que tener en cuenta en el momento de la resolución del contrato aquellas cláusulas generales que afectan a la resolución, en especial la colaboración en la liquidación. Es decir, si el contrato termina por no haberse cumplido con los objetivos de venta, las mercancías en poder del concedente o concesionario impuestas de manera contractual deben de ser adquiridas por el otro contratante al precio de venta o de compra establecido en el contrato de concesión.

4.3.2.5 Contrato de franquicia.

La última de las modalidades contempladas en el artículo 545-2 de la PALCM es la del contrato de franquicia, el cual es definido en dicha propuesta normativa como aquel contrato por el cual el titular de la franquicia denominado franquiciador, cede al distribuidor, denominado franquiciado, el derecho a explotar en beneficio de éste un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo los signos distintivos y la asistencia técnica permanente del franquiciador, a cambio de una compensación económica y del compromiso de ajustarse en todo momento

a las reglas de actuación establecidas¹⁹⁰.

Asimismo, nuestra doctrina define al contrato de franquicia como una modalidad del contrato de concesión en el que el franquiciado, más que un derecho a revender productos del distribuidor, adquiere a cambio de un canon periódico el derecho a poner en práctica un modelo de empresa, un saber hacer contrastado y que garantiza unos beneficios, el know how¹⁹¹.

Las franquicias pueden ser fundamentalmente comerciales o industriales y tratarse de productos o de servicios o ambos, siendo la franquicia comercial la única que entraría dentro del ámbito de aplicación de la PALCM de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 545-3.b que excluye expresamente

¹⁹⁰ ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.169; JARNE MUÑOZ Pablo. “La responsabilidad precontractual en el sector de la Distribución comercial”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 13, 2013, págs. 70 y ss.; CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “El contrato de distribución comercial: ¿en el “futuro” Código mercantil o en una ley especial?” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1.247 a 1.288; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Francisco Javier. “Franquicia y contratos de distribución en el Anteproyecto de Código Mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1.667-1.686; A HERRERA, Alicia. *El impacto del tiempo en los contratos de franquicia y distribución exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, págs. 11 a 26.

¹⁹¹ CRUZ RIVERO, Diego. “La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. El proyecto de Ley de contratos de distribución y la propuesta de Código Mercantil.” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.269.

las franquicias industriales¹⁹².

Al igual que ocurre con los restantes contratos de distribución, nuestro ordenamiento jurídico carece actualmente de un régimen legal que regule un marco jurídico propio del contrato de franquicia¹⁹³, siendo el CC y el Cco sus principales referencias normativas¹⁹⁴. No obstante, el contrato de franquicia tiene una regulación específica en dos normas de nuestro ordenamiento jurídico que merecen la pena destacar:

- (i) El artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (“**LOCM**”), el cual proporciona una definición del contrato de franquicia (“*acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios*”) y establece la obligación precontractual del franquiciador de hacer entregar al franquiciado con una antelación mínima de 20 días a la firma del contrato de franquicia la información esencial sobre la franquicia; y
- (ii) El Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la

¹⁹² Art. 545-2 f) frente al art. 545-3 b) de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

¹⁹³ PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. *Los Contratos de Distribución Comercial. Problemas de Derecho Internacional Privado en la Comunidad Europea*. Ed. Bosch, Madrid 1999, pág.30.

¹⁹⁴ Exposición de Motivos nº I del Proyecto de la Ley de Contratos de Distribución. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Proyecto de Ley número 121/000138. 29 de junio de 2011.

comunicación de datos al registro de franquiciadores, cuyo contenido ha quedado limitado únicamente a regular determinadas condiciones básicas para desarrollar la actividad de cesión de franquicias y, en particular, el desarrollo del artículo 62.2 de la LOCM en lo que a la información precontractual se refiere¹⁹⁵.

En este sentido, la inclusión en la PALCM del contrato de franquicia como categoría de contrato de distribución no está exenta de dudas por cuanto supone otorgar a la función de distribución la condición de elemento definitorio del contrato de franquicia, función que dependiendo del tipo de franquicia ante el que nos encontremos puede darse o no.

A este respecto, no debe de olvidarse que el objeto principal del contrato de franquicia es la de conceder al franquiciado el derecho de explotar la franquicia para comercializar determinados bienes y servicios, pudiendo existir o no la obligación de distribuir los bienes del franquiciador, sin que en términos generales se pueda considerar la función de distribución como definitoria del contrato de franquicia¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Los artículos 5 y ss. del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, en los cuales se regulaba el Registro de Franquiciadores, fueron derogados por el Real Decreto Ley 20/2018, de 7 de diciembre de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España («B.O.E.» 8 diciembre).

¹⁹⁶ NAVARRO MÁÑEZ, Miguel y ARRIBAS OCHOA, Carlos. “La Aplicación a la Franquicia del Régimen Propuesto para el Contrato de Distribución: Una Valoración Crítica”. En: *La reforma de los contratos de distribución comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, pág. 92.

Así, al regular la PALCM el contrato de franquicia como categoría de los contratos de distribución puede dar lugar a interpretarse que dicha regulación únicamente aplicaría para aquellos contratos de franquicia en los que exista una función de distribución, dejando fuera de dicha regulación a los restantes contratos de franquicia que no tuvieran dicha función. Sin embargo, no debe de obviarse que las normas generales sobre contratos mercantiles y obligaciones previstas en el Libro Cuarto de la PALCM sí sería de aplicación a dichos contratos de franquicia dado su carácter mercantil.

No obstante, la anterior afirmación resultaría difícil de sostener dada la definición del contrato de franquicia utilizada en el artículo 545-2.f) de la PALCM, en la cual no se realiza alusión alguna a la función de distribución y se limita a definir el contrato de franquicia como el derecho a explotar un sistema de comercialización de bienes y servicios bajo los signos distintivos y la asistencia técnica del franquiciador.

A la vista de lo anterior, son múltiples las dudas que surgen al respecto de la aplicación o no de la regulación de la PALCM a aquellos contratos de franquicia que no tengan función de distribución, sin duda, estos interrogantes, de no ser resueltos por el legislador en caso de continuar adelante con la tramitación legislativa de la PALCM, generarán inseguridad jurídica en el sistema de franquicia, por lo que resulta necesario que dichas dudas sean resueltas en el trámite parlamentario de la futura PALCM.

Dicho lo anterior, de acuerdo con la propuesta de regulación de la PALCM, el contrato de franquicia se configura como un tipo de contrato de

distribución, de carácter bilateral y sinalagmático entre las partes al generar obligaciones para los contratantes (franquiciador y franquiciado)¹⁹⁷. El contrato se establece de forma consensuada y las partes pueden exigir la forma escrita del mismo aunque no es obligatoria como ocurre con el resto de contratos de distribución¹⁹⁸, además, tiene carácter oneroso al establecerse el denominado canon. El contrato se establece en la mayoría de los casos de forma personalísima y su duración es de tracto sucesivo¹⁹⁹.

El contrato debe de prever los aspectos económicos del mismo, tales como el importe de las inversiones específicas del franquiciado, el margen precio-coste de la franquicia, volumen de ventas del franquiciado o distribuidor no ligado exclusivamente a la reputación de la marca o la tasa de descuento²⁰⁰. En la práctica esta modalidad contractual se presenta como un contrato con condiciones generales por lo que son de aplicación las reglas generales

¹⁹⁷ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Francisco Javier. “Franquicia y contratos de distribución en el Anteproyecto de Código Mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.670.

¹⁹⁸ Art. 545-5 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

¹⁹⁹ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Francisco Javier. “Franquicia y contratos de distribución en el Anteproyecto de Código Mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.670.

²⁰⁰ GARCÍA HERRERA, Alicia. *El impacto del tiempo en los contratos de franquicia y distribución exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, págs. 11 a 26.

previstas para los contratos de adhesión²⁰¹.

Las inversiones deben determinarse de manera pactada y con antelación a la celebración del contrato y se debe establecer el tiempo que se considere que pueden quedar amortizadas al ser elementos básicos de la integración en la red al solicitarse una cantidad para integrarse en la misma²⁰².

En lo que respecta a las obligaciones de las partes, estas se regulan en términos generales en los artículos 545-7 a 545-9 de la PALCM, las cuales son de aplicación a todas las modalidades de contratos de distribución.

Junto con el régimen de obligaciones generales previstas en los artículos 545-7 a 545-9 de la PALCM debemos de destacar las disposiciones especiales aplicables al contrato de franquicia previstas en el artículo 545-17 de la PALCM, el cual establece, por un lado, obligaciones particulares para el franquiciador, como es la transmisión del *know how* y la prestación de asistencia técnica al franquiciado y, por otro lado, establece obligaciones particulares para el franquiciado, como es el pago del canon, la no divulgación de aquellos secretos transmitidos por el franquiciador y a comunicar al franquiciador las violaciones de los derechos de propiedad

²⁰¹ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Francisco Javier. “Franquicia y contratos de distribución en el Anteproyecto de Código Mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.671.

²⁰² CARRASCO PERERA, Ángel. “Regulación de los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales. ¿Pero de verdad se ha derogado el régimen de contratos de distribución de automóviles de la Ley de Economía Sostenible?” *Diario La Ley*. Nº 7.615, Abril 2011.

intelectual o industrial que se produzcan en su territorio de actuación,²⁰³ en este sentido, la finalidad de regular estas particularidades concretas estriba en la incorporación de obligaciones contractuales ya previstas en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores²⁰⁴.

Entre las obligaciones del franquiciado se encuentra el pago del canon por acceder a los conocimientos secretos y el uso de los signos distintivos, siendo un elemento fundamental de esta modalidad contractual.

Una característica esencial del contrato de franquicia es la integración del franquiciado en un red de franquicia, lo que implica una pérdida de autonomía²⁰⁵, así, resulta esencial que con anterioridad a la ejecución del contrato el franquiciado conozca las obligaciones de remisión de

²⁰³ Art. 545-17 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es. El cual establece:

Artículo 545-17. Franquicia.

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

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

²⁰⁴ ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.173.

²⁰⁵ JARNE MUÑOZ Pablo. “La responsabilidad precontractual en el sector de la Distribución comercial”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 13, 2013, pág. 70 y ss.

información y de supervisión que deberá de cumplir frente al franquiciador.

Las normas que afectan al deterioro de la marca tienen especial incidencia en esta modalidad contractual, al ser un elemento fundamental la cesión de signos distintivos incluidos en estos el uso de una denominación y el uso de un rotulo común²⁰⁶. Es por ello que deben establecerse con claridad cuando se pueden producir actuaciones que produzcan un menoscabo de la imagen de la marca o del prestigio comercial del proveedor al ser una de las cláusulas de resolución específica²⁰⁷.

Como ya mencionamos con anterioridad, entendemos que el régimen general de obligaciones previsto en los artículos 545-7 a 545-9 de la PALCM será de aplicación en su totalidad al contrato de franquicia cuando exista una distribución de bienes o servicios, pues en aquellos casos en los cuales el concreto contrato de franquicia no implique una actividad de distribución algunos de dichos artículos no podrían ser de aplicación.

En cualquier caso, franquiciador y franquiciado deben de establecer cuáles son los términos y condiciones esenciales del contrato para poder determinar el alcance de sus obligaciones. Estos términos y condiciones pueden consistir en regular los objetivos comerciales, el precio recomendado de los productos o servicios, el importe y forma de pago del canon de franquicia,

²⁰⁶ Art. 2.1.a) del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.

²⁰⁷ Art. 545-11 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

los signos distintivos de la marca o la zona de exclusividad, entre otros, aunque las partes pueden establecer cualquier otro elemento esencial del contrato al no tener un carácter regulado completamente y otorgar la PALCM dosis de autonomía a los contratantes en el marco de la buena fe²⁰⁸.

La duración del contrato de franquicia es un elemento esencial al tratarse de un contrato de tracto sucesivo y con finalidad de perdurar en el tiempo. Por lo general, los contratos de franquicia suelen establecer plazos de duración determinada de entre cinco, diez o incluso veinte años, pudiendo ser prorrogables en algunos casos²⁰⁹. La duración del contrato vendrá determinada por lo que las partes establezcan, no obstante, la práctica recomienda que como mínimo tenga una duración que permita al franquiciado amortizar las inversiones necesarias para poder ejecutar el contrato.

La PALCM prevé la posibilidad de que los contratos de franquicia puedan ser suscritos por tiempo indefinido²¹⁰ y permite, según lo dispuesto en el artículo 545-18.2, la posibilidad de que aquellos contratos por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados tras la finalización del plazo pactado, se conviertan automáticamente en contratos por plazo indefinido.

²⁰⁸ GRAS SAGRERA, Jordi. “Los contratos de distribución y la resolución de conflictos: jurisdicción y arbitraje”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 255 y ss.

²⁰⁹ TORRUBIA CHALMETA, Blanca. “El Contrato de Franquicia”. *Revista Cuadernos de Derecho y Comercio*. Nº 54, 2010, pág. 322.

²¹⁰ Según el art. 545-18 de la PALCM, si no se fija una duración determinada se entiende que el contrato es indefinido.

La distinción entre contratos de franquicia de duración determinada o indeterminada tiene su especial relevancia en el momento de la extinción, siendo en este aspecto donde se ven realmente las diferencias entre una y otra modalidad.

Un contrato de franquicia de duración determinada se extingue cuando llegue a término el plazo establecido por las partes, salvo que exista algún tipo de cláusula para prorrogar el mismo o se acuerde entre las partes su renovación con carácter previo a su finalización. En principio, la extinción del contrato por el transcurso del tiempo no da derecho a ningún tipo de compensación, puesto que, en virtud de la independencia existente entre las partes y la autonomía de la voluntad, ambos establecen la duración y término del contrato de forma que son conscientes del inicio y final de las obligaciones y derechos que gozan durante un determinado periodo de tiempo.

En lo que respecta al régimen de compensaciones previsto en la PALCM para los contratos de distribución, éste le es de aplicación en su totalidad a la franquicia.

Por último, es de destacar la falta de regulación que la PALCM realiza respecto del contrato de máster franquicia, contrato que evidentemente tiene una estrecha relación con el contrato de franquicia pero del cual difiere puesto que el objeto principal del contrato de máster franquicia consiste en

concluir contratos de franquicia con terceros respecto de los cuales el máster franquiciado asumirá las funciones de franquiciador²¹¹.

De esta manera, como consecuencia de la falta de regulación del contrato de máster franquicia en la PALCM, nos encontraremos con que dicho contrato continuará manteniendo su característica de atípico, pudiendo las partes regular aquellos términos y condiciones que consideren oportunos y sin que la regulación que para los contratos de distribución en general se prevé en la PALCM los pueda limitar.

No obstante, no debemos de perder de vista que dada su condición de contrato mercantil, sí será de aplicación al contrato de máster franquicia la regulación que de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general se prevé en el Libro IV de la PALCM.

A la vista de lo anterior, si bien es coherente que el contrato de máster franquicia no se regule junto con los restantes contratos de distribución en la PALCM dada su disparidad de objeto, no se justifica su falta de regulación en la propuesta normativa pues nos encontramos con un contrato de influencia muy relevante en el ámbito de la franquicia y, además, dado su carácter eminentemente mercantil justificaría su regulación.

²¹¹ NAVARRO MÁÑEZ, Miguel y ARRIBAS OCHOA, Carlos. “La Aplicación a la Franquicia del Régimen Propuesto para el Contrato de Distribución: Una Valoración Crítica”. En: *La reforma de los contratos de distribución comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, pág. 103.

4.3.3 Exclusiones.

Como veremos en el capítulo posterior, la PALCM a la hora de definir el concepto de contrato de distribución opta por un concepto restringido que implica la exclusión de otras figuras contractuales con características similares a la distribución²¹².

Derivado de dicho concepto restringido, la PALCM, al igual que ya realizaba el PLCD, excluye expresamente diferentes modalidades contractuales de la regulación contemplada en los artículos 545-1 y ss. de la PALCM, las cuales se establecen en el artículo 545-3²¹³.

Estas exclusiones se basan en la naturaleza jurídica de los diferentes contratos excluidos y que podrían considerarse como contratos de distribución dado que conllevan una actividad de distribución de bienes y servicios.

²¹² TORRUBIA CHALMETA, Blanca. “El Contrato de Distribución Selectiva”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 8, Enero-Junio 2011, Ed. La Ley, pág. 93 y ss.

Art. 545-1 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es. El cual establece:

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

²¹³ ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 56-73; CAÑABATE POZO, Rosario. “Nueva Perspectiva de Regulación de los Contratos de Distribución”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 11, marzo 2014, págs. 23-42.

En particular, la PALCM excluye de regulación las siguientes modalidades contractuales que procederemos a continuación a analizar²¹⁴:

- (i) Los contratos de agencia.
- (ii) Los contratos de franquicia industrial, en los que se faculta al franquiciado para la fabricación de productos sirviéndose de las patentes, procedimientos, conocimientos o técnicas del franquiciador.
- (iii) Los contratos de comercialización de productos o servicios financieros.

²¹⁴ Art. 545-3 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es. El cual establece:

“Artículo 545-3. Exclusiones.

Las normas de este Capítulo no se aplicarán a:

- a) Los contratos de agencia.*
- b) Los contratos de franquicia industrial, en los que se faculta al franquiciado para la fabricación de productos sirviéndose de las patentes, procedimientos, conocimientos o técnicas del franquiciador.*
- c) Los contratos de comercialización de productos o servicios financieros.*
- d) Los contratos que tengan por objeto principal una actividad logística o una actividad de reparto de mercancías.*
- e) Cualquier modalidad de distribución que comporte vinculación de naturaleza laboral entre el proveedor y la persona que se encarga de distribuir los productos o servicios.”*

- (iv) Los contratos que tengan por objeto principal una actividad logística o una actividad de reparto de mercancías.
- (v) Cualquier modalidad de distribución que comporte vinculación de naturaleza laboral entre el proveedor y la persona que se encarga de distribuir los productos o servicios que pasamos a continuación a detallar.

4.3.3.1 Contrato de Agencia.

Un sector de nuestra doctrina entiende el contrato de distribución en un sentido amplio, de tal manera que su concepto abarcaría todo contrato mercantil apto para la finalidad distributiva, incluyéndose el contrato de agencia²¹⁵.

La PALCM, al igual que hizo el PLCD y la PCM optan por un concepto restrictivo excluyendo al contrato de agencia, esta modalidad contractual es excluida en el art. 545-3 a) ya que cuenta con una regulación específica de

²¹⁵ TORRUBIA CHALMETA, Blanca. “El Contrato de Distribución Selectiva”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 8, Enero-Junio 2011, Ed. La Ley, pág. 93 y ss.

carácter imperativo prevista en la LCA y en la propia PALCM²¹⁶. Así, el contrato de agencia aparece regulado en el artículo 542-1 y ss. de la PALCM, Capítulo II, del Título IV, del Libro Quinto.

La finalidad de establecer un capítulo diferenciado entre ambas modalidades contractuales se basa sobre todo en que el contrato de distribución adquiera una importancia propia y no se apliquen de forma analógica las normas del contrato de agencia como venía haciéndose hasta ahora por nuestra doctrina y jurisprudencia²¹⁷.

A pesar de que ambas modalidades contractuales (agencia y distribución) tienen características semejantes, el principal rasgo diferenciador es que el distribuidor actúa por cuenta propia adquiriendo para sí y revendiendo los bienes adquiridos al fabricante o proveedor, asumiendo el riesgo de las operaciones, mientras que el agente actúa representando al principal, y no adquiere y revende las mercancías o servicios, por tanto, no asume riesgos

²¹⁶ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.171; CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “El contrato de distribución comercial: ¿en el “futuro” Código mercantil o en una ley especial?” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1.247-1.288; PLANA PALUZIE, Alex. “El contrato de distribución en la propuesta de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 8, diciembre 2013, págs. 67-82; VALLESPÍN PÉREZ, David. “Aspectos procesales de los contratos de distribución mercantil”. *Práctica de Tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*. Ed. La Ley, Nº 105, Noviembre-Diciembre 2013; MACÍAS CASTILLO, Agustín. “Distinción jurisprudencial entre el contrato de distribución o concesión mercantil y el contrato de agencia. Análisis de la STS de febrero de 2004”. *Revista Actualidad Civil*. Nº 22, Quincena del 16 al 31 Diciembre 2004, pág. 2.747.

²¹⁷ PLANA PALUZIE, Alex. “El contrato de distribución en la propuesta de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 8, diciembre 2013, págs. 67-82.

derivados de estas operaciones²¹⁸. No obstante, ha de observarse que la regulación de los agentes comerciales se inició en el Derecho europeo tempranamente con una Directiva cuya delimitación subjetiva resultaba fundamental. Es decir, la Directiva de agentes comerciales se inspiró en el modelo alemán para configurar un régimen jurídico protector de la figura del agente. Esa Directiva, como es sabido, fue incorporada a nuestro ordenamiento a través de la LCA; pudiéndose afirmar que tanto la Directiva como la LCA han dado lugar ya a una abundante jurisprudencia del TJUE y nacional en atención a los más de veinte años transcurridos de la primera.

El Tribunal Supremo también se ha manifestado en varias ocasiones para establecer las diferencias entre ambas modalidades contractuales, ejemplo de ello es la STS de 5 de febrero de 2004, en la cual se resume gran parte de la jurisprudencia del tribunal emitida hasta la fecha a la hora de diferenciar una y otra modalidad contractual²¹⁹.

²¹⁸ ARROYO APARICIO, Alicia. *Contrato de agencia: principios y análisis*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2019, pág. 45; ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 72.

²¹⁹ STS de 5 de febrero de 2004, Sala de lo Civil, sentencia n.º. 70/2004 (RJ 2004/639), la cual en su Fundamento de Derecho II establece:

“En Sentencia de 8 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8637) , en relación con la Ley de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia de 27 de mayo de 1992, se resumían las siguientes notas que individualizan el contrato de concesión o distribución dentro de la gama regulada de los contratos de agencia:

Que así como el contrato de agencia (artículo 1º y 3º de la Ley) tiene por objeto la promoción de actos y operaciones de comercio por cuenta ajena del agente o intermediario independiente, en la concesión o distribución, ese objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente, y por lo general, con un pacto en exclusiva, positivo y negativo, de vender solo el concesionario y no vender nadie más en esa zona, siguiendo al respecto la delimitación de la Sentencia de 5 de junio de 1995 (RJ 1995, 8637) y la definición del propio Reglamento número 1475 de la Comisión de las Comunidades Europeas de 28 de julio de 1995. Se trata de los acuerdos de duración determinada o indeterminada

mediante los cuales el contratante proveedor encarga al contratante revendedor la tarea de promover en territorio determinado la distribución y el servicio de venta y de post-venta de determinados productos del sector y mediante los cuales el proveedor se compromete con el distribuidor a no suministrar dentro del territorio convenido los productos contractuales, para su reventa, más que al distribuidor o, en su defecto, a un número limitado de empresas de la red de distribución.

En la nota de la dependencia o no, puede radicar la no inclusión de la concesión en el contrato de agencia, pues así como la dependencia del agente es básica, artículo 2º, cuando exista esa dependencia, que al margen de la laboral, puede darse en la concesión, artículo 2.2: cuando el concesionario no puede organizar su actividad profesional conforme a sus propios criterios, pues el concedente se los ha impuesto, entonces la concesión no es agencia, sin que ello excluya la llamada concesión independiente, que suele privar en el sector del automóvil, por el efecto traslativo del vehículo en favor del concesionario y la ejecución del negocio por cuenta y riesgo de éste. (Sentencia de 12 de junio de 1999.

De consiguiente, cuando la concesión sea agencia (promoción de actos de comercio o reventa, relación estable e independencia), regirá la Ley 12/1992, tanto en la rescisión como en la indemnización (artículo 23); en otro caso, y a falta de norma especial, regirá el Código Civil (artículos 1101 y siguientes y 1124), según aclara la Sentencia de 16 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9339 .

La Sentencia de 30 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8439) , dice que el contrato de concesión consiste en un acuerdo de voluntades por el cual un comerciante social o individual, concesionario, pone su empresa de distribución al servicio de un fabricante y su supervisión para distribuir en monopolio los productos de ese concedente dentro del territorio asignado al efecto, contiene siempre un pacto en Documento 6 exclusiva, se basa fundamentalmente en las «fides» o confianza mutua y presenta una obligación del servicio post-venta. Si bien es cierto, como dice la citada sentencia, que el Reglamento 123/1985 (LCEur 1985, 44) , de la Comisión de las Comunidades Europeas no contiene una regulación mercantil completa del contrato de concesión, sino tan solo el señalamiento de cláusulas usuales en esta clase de contratos conformes con las normas comunitarias sobre la libre competencia, no es menos cierto que de su articulado se llega a la conclusión de que entre las categorías de acuerdos a que se aplica, se encuentra el contrato de concesión y no el de agencia; así el artículo 1º establece como finalidad de estos acuerdos la reventa de vehículos automóviles concretos, de tres o más ruedas, destinados a ser utilizados en la vía pública y, en relación con ellos, piezas de recambio, finalidad de reventa que está ausente en el contrato de agencia, tanto en su regulación por la Ley 12/1992, como en la Directiva 86/653 (LCEur 1986, 4697) de la Comunidad Económica Europea; asimismo, las cláusulas a que se refieren los artículos siguientes como las definiciones del artículo 13, corresponden a un contrato de concesión y uno a un contrato de agencia. En tal sentido se pronuncia la Sentencia de 1 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2231) .

Nada obsta que las partes hayan calificado de contrato de comisión mercantil y aludan constantemente en las diversas estipulaciones a comitente y comisionistas porque los contratos son los que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes (Sentencias de 26 de enero de 1994 [RJ 1994, 445] , 24 de febrero [RJ 1995, 2774] y 13 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8122] , 18 de febrero, 18 de abril y 21 de mayo de 1997 [RJ 1997, 3871] , 7 de julio de 2000 [RJ 2000, 6679] y 14 de mayo de 2001 [RJ 2001, 6207]).

Y expuesta las líneas fundamentales de la doctrina jurisprudencial en orden a la definición y distinción de los contratos de agencia y concesión, en relación al caso que nos ocupa, procede destacar las declaraciones de la sentencia de 28 de enero de 2002 (RJ 2002, 2305) : el artículo 1 de la Ley 12/1992, caracteriza la figura del agente por el dato de promover actos y operaciones de comercio por cuenta ajena, o de promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajeno, como intermediario independiente sin

En particular, el Tribunal Supremo considera que mientras que el contrato de agencia tiene por objeto la promoción de actos y operaciones de comercio por cuenta ajena del agente o intermediario independiente, en la concesión o distribución, ese objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente, y por lo general, con un pacto en exclusiva.

Asimismo, nuestra doctrina se ha pronunciado al respecto de los elementos diferenciadores entre uno y otro contrato, en particular, un elemento diferenciador entre ambas modalidades contractuales es el origen de los ingresos del agente y el distribuidor, así, mientras que el agente obtiene sus ingresos a través de las comisiones que recibe por el volumen de facturación,

asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de las operaciones. La recurrida, en cambio, se limitaba a distribuir productos a los clientes de la propia recurrente, no a la promoción de contratos por cuenta o en nombre de ella, y a la venta a sus propios clientes de los que adquiriría en exclusiva de la recurrente. Son dos relaciones jurídicas distintas. La segunda es claro que no es agencia. La primera tampoco. La recurrida había contraído por ella la obligación de almacenaje, reparto y distribución de productos destinados a clientes propios de la recurrente a cambio de una comisión. Esta actividad es objeto de un contrato innominado del tipo «do ut facia» que nada tiene que ver con la venta o distribución en exclusiva y no es producción de ninguna operación de comercio; los clientes a los que sirven las mercancías la recurrida lo son de la propia recurrente, no adquiridos para ella por el trabajo de la primera. Por lo que respecta a la primera relación «venta o distribución en exclusiva» es acertado el criterio de la Audiencia, favorable a la aplicación analógica de las normas legales sobre el contrato de Documento 7 agencia, si bien ha de matizarse a juicio de esta Sala, en el sentido de que es procedente aquella aplicación pero con respeto a la naturaleza jurídica distinta de la agencia y de la concesión en exclusiva, y en tanto no exista doctrina jurisprudencial o pacto de las partes sobre el último contrato. La razón de recurrir al procedimiento analógico en que tanto el agente como el concesionario son distribuidores de productos del principal o concedente, actúan en interés del mismo, promoviendo ventas, si bien a través de instrumentos jurídicos distintos. La recurrente niega la susodicha aplicación analógica acudiendo al artículo 4º del Código Civil, pero no repara en que la Ley 12/1992, no es un derecho excepcional, sino especial, para la materia del contrato de agencia. La Ley en cuestión no contiene normas excepcionales, que son las no susceptibles de aplicación analógica, sino una regulación específica para una materia concreta, lo que en modo alguno significa por sí misma una normativa que se aparta o contradice la regulación de las obligaciones y contratos en general.”

el distribuidor obtiene su beneficio del margen obtenido en la venta de los productos o servicios que distribuye²²⁰.

No obstante, la mayor incidencia se pone sobre todo en la relación de dependencia y riesgo de las obligaciones pactadas²²¹, es decir, se queda fuera de la propia definición que contempla la PALCM ya que a pesar de que la libertad de pactos podría permitir que se establecieran relaciones conjuntas que abarcasen distribución y agencia, si las partes no son independientes y no asumen riesgos propios no se les podrá aplicar la regulación contemplada en los artículos 545-1 y ss. de la PALCM, siendo de aplicación, por tanto, la regulación prevista para el contrato de agencia en los artículos 542-1 y ss. de la PALCM.

La tipificación de los contratos de distribución es más versátil y flexible que la de los contratos de agencia a pesar de estar reguladas ambas en el mismo libro²²², a modo de ejemplo podemos observar esta flexibilidad proyectada

²²⁰ ARROYO APARICIO, Alicia. *Contrato de agencia: principios y análisis*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2019, págs. 45-46; VALENZUELA GARACH, Francisco Javier. “El contrato de Concesión Mercantil y su extinción por denuncia unilateral”. *Revista de Derecho Mercantil*. N.º. 225, 1997, págs.1.297-1.324.

²²¹ PLANA PALUZIE, Alex. “El contrato de distribución en la propuesta de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. N.º 8, diciembre 2013, pág. 77.

²²² PLANA PALUZIE, Alex. “El contrato de distribución en la propuesta de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. N.º 8, diciembre 2013, pág. 77.

en la prohibición de competencia una vez resuelto el contrato, siendo para el contrato de agencia 2 años y para el de distribución 1 año²²³.

Finalmente, otra gran diferencia entre ambas modalidades contractuales es la indemnización por clientela, siendo los requisitos para su otorgamiento los que varían. Para compensar a los agentes está indemnización se obtiene siempre que haya habido un aumento sensible de la clientela y continúe produciendo ventajas al principal²²⁴. En cambio, para indemnizar al distribuidor en principio el proveedor no está obligado a hacerlo, pero de forma excepcional si concurre alguna de las siguientes causas el proveedor vendrá obligado a indemnizar al distribuidor de conformidad con lo previsto en el artículo 545-23 la PALCM²²⁵:

- (i) Que, por las características del contrato suscrito, la actividad desarrollada y el exclusivo esfuerzo del distribuidor se haya incrementado de manera sustancial el tipo de operaciones o el número de clientes y sea razonable presumir que el proveedor puede seguir obteniendo ventajas sustanciales de esta clientela;

²²³ Art.542-20 frente al art.545-23.2 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

²²⁴ ARROYO APARICIO, Alicia. *Contrato de agencia: principios y análisis*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2019, pág. 107.

²²⁵ PLANA PALUZIE, Alex. “El contrato de distribución en la propuesta de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 8, diciembre 2013, pág. 78.

- (ii) Que, el distribuidor haya facilitado al proveedor un listado de clientes que genera al proveedor una ventaja competitiva;
- (iii) Que, exista un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato, no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor hay tres posibles causas, la naturaleza del contrato y la actividad del distribuidor hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes; el distribuidor haya facilitado al proveedor un listado de clientes o exista un pacto de no competencia de no más de un año.

4.3.3.2 Los contratos de franquicia industrial, en los que se faculta al franquiciado para la fabricación de productos sirviéndose de las patentes, procedimientos, conocimientos o técnicas del franquiciador.

Esta modalidad contractual contemplada en el art. 545-3 b) de la PALCM está excluida al regirse por las normas relativas a transferencia tecnológica²²⁶. No se trata de una actividad de distribución comercial sino

²²⁶ ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.171: PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Francisco Javier. “Franquicia y contratos de distribución en el Anteproyecto de Código Mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1.667-1.686; ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 56-73.

una actividad industrial en la cual el franquiciador cede al franquiciado determinados derechos inmateriales como son patentes o un *know how* para la fabricación de productos²²⁷.

A nivel comunitario se establece que un acuerdo de transferencia de tecnología consiste en cesiones de derechos de tecnología entre dos empresas para la producción de productos contractuales siempre que una parte del riesgo asociado con la explotación de la tecnología sea asumido por el cedente; y se lleva a cabo mediante un sistema de distribución selectiva que supone un sistema de distribución por el cual el licenciante se compromete a conceder la licencia para la producción de los productos contractuales, directa o indirectamente, solo a licenciatarios seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los licenciatarios se comprometen a no vender los productos contractuales a distribuidores no autorizados en el territorio reservado por el licenciante para aplicar ese sistema²²⁸.

Por tanto, sobre la base de la inexistencia de una verdadera actividad distributiva, la PALCM, al igual que realizó el PLCD, ha optado por excluir este tipo de acuerdos de la regulación de los contratos de distribución.

²²⁷ ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 73.

²²⁸ REGLAMENTO (UE) No 316/2014 DE LA COMISIÓN de 21 de marzo de 2014 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

4.3.3.3 Los contratos de comercialización de productos o servicios financieros.

El artículo 545-3 c) de la PALCM incluye dos modalidades contractuales excluidas de la regulación de los contratos de distribución, en particular, los contratos de distribución de seguros y los contratos de comercialización de productos o servicios financieros²²⁹.

En ambos casos, tanto para la distribución de seguros como productos y servicios financieros, la razón de su falta de regulación estriba principalmente en que la propia PALCM ya cuenta con una regulación independiente de dichas figuras.

Así, en lo que respecta a la distribución de seguros, se encuentra regulada en los artículos 581-1 y ss. de la PALCM. Además, debe de destacarse la existencia de una regulación actual del sistema de distribución de seguros contemplada en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en

²²⁹ ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.171; ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 56-73; MACÍAS CASTILLO, Agustín. “Distinción jurisprudencial entre el contrato de distribución o concesión mercantil y el contrato de agencia. Análisis de la STS de febrero de 2004”. *Revista Actualidad Civil*. Nº 22, Quincena del 16 al 31 Diciembre 2004, pág. 2.747; CAÑABATE POZO, Rosario. “Nueva Perspectiva de Regulación de los Contratos de Distribución”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 11, marzo 2014, págs. 23-42.

determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales y que en sus artículos 127 y ss. implicó la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros.

Por otro lado, la distribución de productos o servicios financieros se excluye de los contratos de distribución al poseer también una regulación propia en la PALCM en el título VII del Libro V (“De los contratos financieros”), artículos 571-1 y ss.²³⁰, además de la extensa normativa nacional y comunitaria existente al respecto de la comercialización de productos financieros, destacándose las Directivas MIFID y las normas de trasposición de las mismas en España²³¹.

²³⁰ CAÑABATE POZO, Rosario. “Nueva Perspectiva de Regulación de los Contratos de Distribución”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 11, marzo 2014, pág. 30.

²³¹ Real Decreto 1464/2018, de 21 de diciembre, por el que se desarrollan el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre y el Real Decreto-ley 21/2017, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de mercado de valores, y por el que se modifican parcialmente el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifican parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, y otros reales decretos en materia de mercado de valores, en cuyo expositivo establece:

“La Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, y el Reglamento (UE) n.º 600/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, conforman el conocido como «paquete regulatorio MIFID II» o «MIFID II/MIFIR», en adelante, MIFID II, que incluye, no solo estos dos actos de nivel 1, sino también la citada directiva delegada; así como más de treinta y cuatro normas de desarrollo de Derecho Europeo, entre actos delegados y normas técnicas de regulación e implementación.

MIFID II, que comenzó a aplicarse desde el 3 de enero de 2018, supone una modificación sustancial del funcionamiento de los mercados y de los centros de contratación de la Unión Europea, no tanto por los objetivos que se persiguen, pues se mantienen en esencia los mismos que inspiraron y dirigieron la

4.3.3.4 Los contratos que tengan por objeto principal una actividad logística o una actividad de reparto de mercancías.

Estos contratos están excluidos porque se considera una actividad distinta de la actividad de distribución, pese a que pueda ser complementaria a la misma y dada la vinculación de esta actividad con el transporte. En cualquier caso, su regulación debe basarse en la normativa de este tipo de contratos²³².

Siendo el objeto principal el almacenaje y la logística, poseen una regulación propia distinta y están regulados actualmente en la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres por ser completaría o auxiliar de esta actividad los “almacenistas-distribuidores”²³³.

Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, sino por la envergadura de las modificaciones operativas que se imponen para cumplir con las obligaciones de transparencia y de negociación obligatoria en centros de contratación que se recogen en el citado Reglamento (UE) n.º 600/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014.”

²³²ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.171.

²³³ Arts. 119 y ss. de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres:

“Artículo 119.

1. Las funciones de mediación entre los usuarios del transporte y los transportistas, salvo lo previsto en el punto 2 de este artículo, únicamente podrán ser realizadas por las agencias de transporte debidamente autorizadas.

2. No tendrán la consideración de actividades de mediación a efectos de lo dispuesto en el punto anterior las realizadas por:

a) Los transportistas que utilicen la colaboración de otros para hacer frente a excesos de demanda o para realizar transporte combinado, en ambos casos de conformidad con lo previsto en esta Ley.

Asimismo, el Tribunal Supremo se ha manifestado acerca de la no aplicación de las normas y preceptos aplicables a los contratos de distribución para estas modalidades contractuales en la ya mencionada STS de 5 de febrero de 2004²³⁴.

b) Los almacenistas distribuidores, según lo dispuesto en el artículo 125.

c) Los centros de información y distribución de cargas, según lo dispuesto en el artículo 124.

d) Los transitarios de conformidad con lo previsto en el artículo 126.

e) Las personas que contraten el transporte de mercancías que no sean de su propiedad, cuando dicho transporte hubiera podido llevarse a cabo por las mismas en régimen de transporte privado complementario por darse las circunstancias previstas en el artículo 102.

f) Las cooperativas y sociedades comercializadoras a que se refiere el artículo 61.”

²³⁴ STS de 5 de febrero de 2004, Sala de lo Civil, sentencia nº. 70/2004 (RJ 2004/639). En cuyo Fundamento de Derecho II establece:

“Y expuesta las líneas fundamentales de la doctrina jurisprudencial en orden a la definición y distinción de los contratos de agencia y concesión, en relación al caso que nos ocupa, procede destacar las declaraciones de la sentencia de 28 de enero de 2002 (RJ 2002, 2305) : el artículo 1 de la Ley 12/1992, caracteriza la figura del agente por el dato de promover actos y operaciones de comercio por cuenta ajena, o de promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajeno, como intermediario independiente sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de las operaciones. La recurrida, en cambio, se limitaba a distribuir productos a los clientes de la propia recurrente, no a la promoción de contratos por cuenta o en nombre de ella, y a la venta a sus propios clientes de los que adquiriría en exclusiva de la recurrente. Son dos relaciones jurídicas distintas. La segunda es claro que no es agencia. La primera tampoco. La recurrida había contraído por ella la obligación de almacenaje, reparto y distribución de productos destinados a clientes propios de la recurrente a cambio de una comisión. Esta actividad es objeto de un contrato innominado del tipo «do ut facia» que nada tiene que ver con la venta o distribución en exclusiva y no es producción de ninguna operación de comercio; los clientes a los que sirven las mercancías la recurrida lo son de la propia recurrente, no adquiridos para ella por el trabajo de la primera. Por lo que respecta a la primera relación «venta o distribución en exclusiva» es acertado el criterio de la Audiencia, favorable a la aplicación analógica de las normas legales sobre el contrato de Documento 7 agencia, si bien ha de matizarse a juicio de esta Sala, en el sentido de que es procedente aquella aplicación pero con respeto a la naturaleza jurídica distinta de la agencia y de la concesión en exclusiva, y en tanto no exista doctrina jurisprudencial o pacto de las partes sobre el último contrato. La razón de recurrir al procedimiento analógico en que tanto el agente como el concesionario son distribuidores de productos del principal o concedente, actúan en interés del mismo, promoviendo ventas, si bien a través de instrumentos jurídicos distintos. La recurrente niega la susodicha aplicación analógica acudiendo al artículo 4º del Código Civil, pero no repara en que la Ley 12/1992, no es un derecho excepcional, sino especial, para la materia del contrato de agencia. La Ley en cuestión no contiene normas excepcionales, que son las no susceptibles de aplicación analógica, sino una regulación específica para

Finalmente, la PALCM regula estos contratos en el Título VI del Libro V, del contrato de transporte por lo cual obtiene aún más sentido el excluirlos de la regulación de los contratos de distribución contenida en la PALCM.

4.3.3.5 Cualquier modalidad de distribución que comporte vinculación de naturaleza laboral entre el proveedor y la persona que se encarga de distribuir los productos o servicios.

La exclusión se basa en que deben aplicarse los supuestos generales que regulan las modalidades contractuales en materia de trabajo, así como los diferentes convenios colectivos, sectoriales o pactos de empresa que se establezcan al respecto²³⁵, es decir, se diferencia entre la legislación social-laboral de la civil-mercantil. Cómo en otras modalidades, lo que mayor peso tiene para su exclusión es la falta de independencia entre el distribuidor y el proveedor, al ser integrado completamente en su administración y dirección interna y no ser un empresario autónomo²³⁶.

4.3.3.6 Otras modalidades excluidas. El Contrato de suministro.

El listado de contratos excluidos para algunos autores no ha sido considerado como un listado cerrado puesto que caben más modalidades

una materia concreta, lo que en modo alguno significa por sí misma una normativa que se aparta o contradice la regulación de las obligaciones y contratos en general.”

²³⁵ ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 1.171.

²³⁶ CAÑABATE POZO, Rosario. “Nueva Perspectiva de Regulación de los Contratos de Distribución”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 11, marzo 2014, pág. 30.

contractuales que no pueden seguirse por las reglas contempladas para los contratos de distribución en la PALCM²³⁷.

En referencia a lo anterior, destacamos especialmente al contrato de suministro²³⁸, el cual es definido en el artículo 513-1 de la PALCM como aquel contrato por el cual el suministrador se obligará a realizar a favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de los bienes muebles objeto del contrato y el suministrado a pagar el precio.

Al optar la PALCM por una regulación de los contratos de distribución en sentido estricto, se excluye a esta modalidad contractual,²³⁹ en este sentido, a pesar de cumplir y tener ciertos elementos comunes, hay ciertas características que lo alejan de los contratos de distribución.

El primero de los elementos es que no se trata de un contrato de colaboración sino más bien de compraventa y como tal se incluye en ese título,²⁴⁰ es decir, pese a que se paga un precio por el traspaso de los elementos y las

²³⁷ CAÑABATE POZO, Rosario. “Nueva Perspectiva de Regulación de los Contratos de Distribución”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 11, marzo 2014, págs. 23-42.

²³⁸ Arts. 545-1 y ss. frente a los arts. 513-1 y ss. de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

²³⁹ TORRUBIA CHALMETA, Blanca. “El Contrato de Distribución Selectiva”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 8, Enero-Junio 2011, Ed. La Ley, pág. 93 y ss.

²⁴⁰ Título I. De los contratos de intercambio de bienes, frente al Título IV de los contratos de colaboración de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

prestaciones se realizan de forma periódica según lo pagado tanto para el precio como para la entrega, el suministrado no lo hace en la mayoría de los casos para revender esos productos, sino para darle un provecho propio. Además, en el caso de que se ocasione algún conflicto interpretativo, se debe acudir a la regulación del contrato de compraventa según el artículo 513-9 de la PALCM, lo que implica su acercamiento mayor a dicha figura y menos a la distribución.

Los bienes que puede abarcar el contrato de suministro sólo son productos, a diferencia del de distribución que pueden ser tanto bienes como servicios.

En definitiva, pese a que el contrato de suministro posee ciertas notas características que lo asemejan a los contratos de distribución, su regulación se acerca más al contrato de compraventa de bienes, de ahí que su regulación no se contemple en el Título IV del Libro V de la PALCM.

5. Estado de la regulación de los contratos de distribución comercial en el derecho comparado europeo.

Una vez analizado el estado de la regulación de los contratos de distribución comercial en nuestro ordenamiento jurídico, consideramos apropiado llevar ahora a cabo una breve síntesis de la regulación actual de los contratos de distribución comercial en algunos de los ordenamientos jurídicos de nuestro derecho comparado europeo, en particular, los sistemas legales francés, alemán, italiano e inglés.

El objeto de esta aproximación es ofrecer una visión lo más representativa posible de los desarrollos llevados a cabo por dichos sistemas legales en materia de los

contratos de distribución comercial y poder obtener así una visión global de la cuestión en nuestro sistema legal.

La elección de los sistemas legales francés, alemán e italiano se realiza debido al parecido que en el derecho positivo tienen dichos sistemas con el español pues en ninguno de ellos los contratos de distribución han sido objeto de regulación (todo ello dejando a un lado la regulación que de los mismos se ha llevado a cabo en el derecho de la competencia), mientras que el contrato de agencia sí habría sido regulado, motivado por la transposición de la Directiva específica sobre la materia. Asimismo, resulta interesante también analizar el estado de la cuestión en el Reino Unido dadas las importantes diferencias de su sistema legal “*common law*” con el continental europeo más positivista.

En este sentido, en Italia el contrato de agencia se regula en los artículos 1.742 a 1.753 del Código Civil italiano²⁴¹, artículos en virtud de los cuales se introdujo en Italia la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes²⁴² y la cual fue traspuesta en España a través de la LCA²⁴³.

En Francia el contrato de agencia se regula en la Ley número 91-593 de 25 de junio

²⁴¹ LARA GONZÁLEZ, RAFAEL. “El Contrato de Agencia en Italia: Notas sobre su regulación actual”. *Revista Jurídica de Navarra*. Nº 18, 1994, Págs. 195-210.

²⁴² Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. DOCE 31 de diciembre de 1986. L 382/17.

²⁴³ Sobre la interpretación de la LCA desde la perspectiva de la Directiva europea ver ARROYO APARICIO, Alicia. *Contrato de agencia: principios y análisis*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2019, págs. 23 y ss.

de 1991 junto con el decreto número 92-505 de 10 de junio de 1962 e integrado en el Código de Comercio francés en los artículos L 134 y siguientes²⁴⁴.

En Alemania las secciones 84-92 c del Código de Comercio alemán (HGB) establecen las normas que rigen la relación entre los agentes y sus directores, tal y como se define en la Sección 84 del HGB. Estas normas han traspuesto la ya referida Directiva 86/653/CEE reguladora del Contrato de Agencia. De acuerdo con la Sección 84 del HGB, un agente es un intermediario por cuenta propia que acuerda transacciones en nombre del principal. Asimismo, debe de destacarse que las disposiciones del HGB se extienden más allá del ámbito de aplicación de la Directiva 86/653/CEE, para cubrir los agentes que actúan como intermediarios no sólo con respecto a los bienes, sino también con respecto a servicios²⁴⁵.

Finalmente, la Directiva 86/653/CEE fue implementada en el Reino Unido por el Reglamento de Agentes Comerciales de 1993, SI 3053/1993, el cual ha sido modificado hasta en dos ocasiones y es de aplicación únicamente a los agentes comerciales, definidos estos como agentes independientes que pueden negociar compras y ventas en nombre de su principal²⁴⁶.

Esta situación es muy representativa de lo que sucede en los restantes Estados miembros, con excepción del sistema legal belga, en el cual sí se regulan los contratos de distribución (desde el plano contractual), aunque únicamente a efectos

²⁴⁴ AAVV. “Anexo Legislación Internacional”. En: *Los Contratos de Distribución Comercial: Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

²⁴⁵ AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, págs. 193 y ss.

²⁴⁶ AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, págs. 624 – 625.

de regular el régimen de terminación de éstos²⁴⁷. En concreto, la “*Loi relative à la résiliation unilatérales des concesssions de vente exclusive à durée indéterminée*”, de 1961 belga fue la primera y única norma reguladora de la materia en la UE. La referida ley fue derogada por la “*Loi portant insertion du livre X “Contrats d’agence commerciale, contrats de coopération commercial et concessions de vente”*” de abril de 2014, siendo incluida en el Libro X del nuevo Código Económico de Bélgica²⁴⁸. No obstante, tal y como expusimos, esta regulación únicamente se limita a regular los derechos y obligaciones del distribuidor y proveedor en el marco de la resolución de los contratos de distribución.

Pese a que los contratos de distribución no hayan sido objeto de regulación en la Unión Europea, salvo el caso belga (y de forma limitada como ya vimos), debemos de destacar que existen algunas propuestas de regulación en el ámbito europeo como es el caso de los *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), que en su Libro IV, Título E, Capítulo 5, junto con la regulación de los contratos de agencia y franquicia, pretenden la regulación de los contratos de distribución comercial²⁴⁹.

En este sentido, en el derecho europeo comparado existe un importante desarrollo doctrinal de un derecho de la distribución comercial que presenta importantes

²⁴⁷ BUESO GUILLÉN, Pedro. *Contratos de Distribución Comercial, Restricciones Verticales de la Competencia y Regla de Razón: Delimitación Conceptual y Tratamiento en el Derecho Comunitario Europeo*. Tesis Doctoral. Dir. LÓPEZ SÁNCHEZ, Manuel-Ángel. Universidad de Zaragoza, 1999, pág. 355.

²⁴⁸ VERVA, Jacques y MESTDAGH, Tillo. *Contrats d’agence et de distribution en France et en Belgique* Chambre De Commerce Franco-Belge Du Nord de la France, pág. 13.

²⁴⁹ PÉREZ PEREIRA, María. “Contratos de distribución: entre teoría y realidad”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1651-1666.

similitudes con nuestro ordenamiento jurídico, debiendo de tomarse en consideración que estos desarrollos no han sido realizados de manera coordinada entre los diferentes Estados, sino que se ha realizado de manera paralela por cada uno de ellos²⁵⁰. Aspecto que influye en el desarrollo del derecho privado europeo con las diferentes iniciativas y propuestas (*Soft Law*) de regulación de un marco del derecho de obligaciones y contratos europeo como ya ocurre en los DCFR y que debería de llevar en última instancia a la tipificación del derecho común de la distribución comercial a nivel europeo²⁵¹.

5.1 Italia.

5.1.1 Preliminar.

Los contratos de distribución comercial no son objeto de regulación en el derecho italiano, no obstante, el Código Civil italiano contempla varios tipos de contratos de colaboración que se pueden adoptar para la comercialización de bienes y servicios en el mercado italiano, a saber, el contrato de agencia (artículo 1742), el contrato de comisión (artículo 1731) o el contrato de suministro (artículo 1559)²⁵².

²⁵⁰ BUESO GUILLÉN, Pedro. *Contratos de Distribución Comercial, Restricciones Verticales de la Competencia y Regla de Razón: Delimitación Conceptual y Tratamiento en el Derecho Comunitario Europeo*. Tesis Doctoral. Dir. LÓPEZ SÁNCHEZ, Manuel-Ángel. Universidad de Zaragoza, 1999, pág. 355.

²⁵¹ VATTIER FUENZALIDA, Carlos. “Los “Principles of European Contract Law”: un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la Unión Europea”. *Noticias de la Unión Europea*. Nº 159, 1998, págs. 21-26.

²⁵² AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018.

En particular, los contratos de distribución no constituyen una categoría contractual independiente ni respecto del Derecho de obligaciones y contratos, ni por el Derecho de defensa de la competencia italiano²⁵³. Al igual que en otros sistemas legales del derecho europeo comparado, la práctica comercial ha creado, heredada de los países del *common law*, el llamado contrato de distribución.

Al mantener ciertas similitudes, en el Código Civil italiano de 1942 se intentó regular los contratos de distribución bajo la normativa del contrato de suministro (*Della somministrazione*), no obstante, finalmente se desechó esta idea y se mantuvo la característica de contrato atípico, es más, la opinión de la doctrina predominante italiana es la de considerar al contrato de distribución como un contrato marco (*contratto quadro*) en el que el distribuidor acuerda promover la venta de los productos del proveedor, los cuales adquirirá a través de contratos de venta independientes²⁵⁴.

La jurisprudencia italiana distingue entre el distribuidor y el agente comercial (artículo 1742 del Código Civil italiano), no obstante, ambas figuras mantienen similitudes pues el distribuidor lleva a cabo tareas similares a las realizadas por el agente comercial, no obstante, el primero compra para luego vender, mientras que el segundo actúa como intermediario. En este sentido, según los tribunales italianos, el mero hecho

²⁵³ GALGANO, FRANCESCO. “Le obbligazione e i contratti.” En: *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II. Ed. Cedam, Padova 1990, págs. 25-31.

²⁵⁴ BORTOLOTTI, Fabio. “Los Contratos de Distribución en Europa”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, pág. 128.

de que el distribuidor compre y revenda bajo su propio nombre hace imposible que se le considere agente²⁵⁵.

En lo que respecta a los desarrollos doctrinales que el contrato de distribución ha experimentado en Italia, destacamos los realizados por los autores BALDI, PARDOLESI, SANTINI Y PRISCOLI²⁵⁶.

BALDI promueve la idea de un Derecho de la distribución como un nuevo sector del Derecho regulador de los intermediarios mercantiles, esto es, una materia jurídica independiente que engloba a los intermediarios-colaboradores y que se integran de manera vertical con los productores en su organización productiva²⁵⁷.

PARDOLESI distingue entre “contratos de distribución” y “contratos en materia de distribución”, estos últimos engloban cualquier hipótesis que en cualquier modo afecte al proceso de distribución comercial²⁵⁸. Frente a este concepto amplio, PARDOLESI también formula un concepto restringido de distribución comercial, en el cual los considera como contratos-marco en virtud de los cuales un empresario asume la obligación de promover la

²⁵⁵ Caso 22 de febrero de 1999, n. 1469, Fallimento di Auto en di Andriani srl V, Fiat auto spa, in Giur. Caso 6 de junio 1989, n. 2742, Nunzi V. soc. Sol.

²⁵⁶ PARDOLESI, Roberto. “I contratti di distribuzione”. *Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Bari*. Napoles 1979, pág. 1.

²⁵⁷ BALDI, Roberto. *Il Diritto della Distribuzione Commerciale nell'Europa Comunitaria*. Ed. Cedam, Padova, Italia, 1984, págs. 75 – 76.

²⁵⁸ BUESO GUILLÉN, Pedro. *Contratos de Distribución Comercial, Restricciones Verticales de la Competencia y Regla de Razón: Delimitación Conceptual y Tratamiento en el Derecho Comunitario Europeo*. Tesis Doctoral. Dir. LÓPEZ SÁNCHEZ, Manuel-Ángel. Universidad de Zaragoza, 1999, pág. 355.

reventa de productos adquiridos del proveedor a cambio del beneficio a obtener en dicha reventa; obligación cuyo cumplimiento requiere de la estipulación de contratos singulares para la adquisición, en condiciones predeterminadas, de los productos a revender²⁵⁹.

SANTINI aborda el estudio del fenómeno de la distribución integrada fuera de las categorías contractuales y, más concretamente, desde la perspectiva de “las funciones de distribución”²⁶⁰.

Finalmente, PRISCOLI aglutina dentro de la misma categoría a los contratos de agencia, suministro, distribución y franquicia, todo ello sobre la base del concepto común de integración que mantienen todos los anteriores contratos, siendo la integración de menor intensidad en el contrato de suministro y mayor en el contrato de franquicia. En lo que respecta al contrato de agencia, para PRISCOLI, el hecho de que el agente no devenga titular de los bienes cuya venta promueve no es un elemento determinante para distinguirlo del resto de contratos antes mencionados pues mantiene otras características comunes, esto es, la duración, estabilidad, la relación *intuitu personae* y, sobre todo, el poder de dirección del productor sobre el intermediario²⁶¹.

²⁵⁹ PARDOLESI, Roberto. “I contratti di distribuzione”. *Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Bari*. Napoles 1979, pág. 1.

²⁶⁰ SANTINI, Gerardo. *Il comercio. Saggio de economia del diritto*. Ed. Il Mulino, 2001, pág. 57.

²⁶¹ PRISCOLI, Lorenzo. “I contratti di distribuzione come categoria unitaria”. *Giurisprudenza commerciale*. 1994, págs. 789-810.

5.1.2 Contenido del contrato.

Como ya comentamos anteriormente, el contrato de distribución en el sistema legal italiano es un contrato atípico, en este sentido, lo más común es que las partes acuerden con anterioridad al inicio de sus relaciones negociales los diferentes términos y condiciones que van a regular éstas. El problema surge en aquellos casos en los que las partes no han acordado previamente el marco de su relación; en estos casos, surgen conflictos a la hora de ejecutar dicho contrato, recayendo normalmente dichos conflictos sobre aspectos tales como el régimen de exclusividad y no competencia, la duración del contrato y su terminación.

En lo que respecta a los aspectos formales, no hay ningún requisito formal específico para la ejecución de un acuerdo de distribución, en concreto, y tal y como ocurre en nuestro Derecho nacional, los acuerdos de distribución no escritos son válidos y exigibles en virtud de la ley italiana. No obstante, el problema en estos casos surge más bien a la hora de evidenciar las condiciones acordadas entre las partes²⁶².

Por otro lado, conforme a la ley italiana, las partes en un contrato de distribución son libres para establecer los pactos y condiciones que estimen oportunos, incluso el establecimiento de cláusulas de exclusividad. En este sentido, las partes pueden prever la exclusividad tanto para el proveedor como para el distribuidor, de tal manera que el proveedor no puede designar a otros distribuidores en el mismo territorio donde se ubica el distribuidor o

²⁶² AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, págs. 293-295.

el distribuidor no puede adquirir productos similares a los adquiridos del proveedor de otros proveedores²⁶³.

Conforme a lo previsto en la jurisprudencia italiana, la exclusividad no se considera implícita en el contrato de distribución, por tanto, si las partes no incluyen ninguna disposición específica relativa a los derechos de exclusividad, el contrato de distribución se considera que no es en régimen de exclusividad²⁶⁴. No obstante, si existieran indicios de que la intención de las partes era conceder una exclusiva, el distribuidor podría ser considerado como exclusivo, incluso sin haberse pactado formalmente por las partes²⁶⁵.

Ninguna disposición específica se establece en la normativa sobre defensa de la competencia italiana respecto a los acuerdos de distribución exclusiva, si bien son de directa aplicación los Reglamentos europeos en la materia; observación que, por otro parte, es común a todo el territorio de la Unión Europea. Las disposiciones de la Ley italiana antimonopolio (287/90) que protegen la libertad de competencia y que prohíben acuerdos restrictivos de la libre competencia han traspuesto a la normativa italiana los principios básicos contenidos en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguos artículos 81 y 82 del Tratado

²⁶³ AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, pág. 296.

²⁶⁴ Caso 21 julio 1994, n. 6819, Basile V. Soc Caffè Lunik, en Giur it., 1995, 1, 1, 381.

²⁶⁵ BORTOLOTTI, Fabio. “Los Contratos de Distribución en Europa”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, pág. 131.

de Roma)²⁶⁶.

Además, la autoridad en materia de la competencia italiana (“*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*”) tiene entre sus funciones evaluar si un acuerdo de distribución (exclusivo o no exclusivo) afecta o no a la competencia y al libre funcionamiento del mercado. Al igual que ocurre en España con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la autoridad de la competencia italiana es un órgano administrativo independiente con funciones muy similares a ésta²⁶⁷.

5.1.3 Extinción del contrato.

Conforme a la normativa italiana, los contratos de distribución pueden ser pactados por tiempo determinado o indefinido. En el caso de los contratos de distribución pactados por tiempo indefinido, no existe ningún requisito formal para la finalización de los mismos, salvo que las partes hubieran pactado lo contrario.

Las partes pueden establecer un preaviso para el establecimiento del fin del contrato, debiendo de tratarse de un periodo razonable de tiempo “*congruo preaviso*”²⁶⁸. En la práctica, dependiendo de las circunstancias, el periodo de

²⁶⁶ AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, pág. 296.

²⁶⁷ www.agcm.it. Página Web de la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

²⁶⁸ BORTOLOTTI, Fabio. “Los Contratos de Distribución en Europa”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, pág. 132.

preaviso varía entre los seis a doce meses, pero esto no excluye que se puedan dar plazos más cortos. Si el preaviso no se considera “razonable”, cabe la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados²⁶⁹.

En cuanto a la resolución por incumplimiento, como regla general, una de las partes puede dar por terminado el contrato de distribución en caso de que la otra parte incurra en un grave incumplimiento de una obligación contractual (artículos 1453 a 1455 del Código Civil italiano). Los mismos artículos del Código Civil italiano dan derecho a una de las partes a exigir el cumplimiento específico de la obligación contractual como una alternativa a la terminación. En cualquier caso, a la parte incumplidora se le deberá de conceder, mediante notificación por escrito, un período de tiempo (de no menos de 15 días, aunque puede acordarse uno menor)²⁷⁰ para subsanar el incumplimiento. Si el incumplimiento no se subsana dentro de este periodo, entonces el acuerdo se podrá resolver.

El contrato también puede contener una cláusula de resolución anticipada específica por incumplimiento, la denominada “*Clausola risolutiva espressa*”, para el incumplimiento grave, que permita a una de las partes terminar inmediatamente el contrato simplemente enviando una notificación y siempre y cuando se haya dado la causa del incumplimiento.

Finalmente, debe de destacarse que la legislación italiana no prevé compensaciones específicas por clientela generada a favor del distribuidor,

²⁶⁹ AAVV. International Agency & Distribution Handbook. Baker & Mckenzie LLP, 2018, pág. 296.

²⁷⁰ Tribunal de Turín, 15 de septiembre 1989, Gioia vs Societa Italiana Gervais Danone en Giur it, 1991, 1, 834.

de tal manera que si el contrato es resuelto legalmente el distribuidor no tiene derecho a indemnización alguna. Sólo en el supuesto de incumplimiento del contrato por parte del proveedor (a modo de ejemplo por extinción sin causa) el distribuidor tendría derecho a ser compensado por los daños y perjuicios ocasionados.

En lo que respecta al cálculo de la indemnización por daños y perjuicios, estos serán calculados tomando en consideración los ingresos que el distribuidor habría percibido durante el periodo contractual si éste hubiera continuado o hasta la conclusión del plazo. También se tendrán en cuenta posibles inversiones hechas por el distribuidor con el propósito de llevar a cabo el desarrollo del contrato y las cuales no hubieron podido ser amortizadas²⁷¹.

5.2 Francia.

5.2.1 Preliminar.

Distribuidores autorizados, distribuidores selectivos y distribuidores exclusivos o no exclusivos son las cuatro categorías principales de contratos de distribución existente en Francia²⁷².

²⁷¹ BORTOLOTTI, Fabio. “Los Contratos de Distribución en Europa”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, pág. 134.

²⁷² AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, pág. 188 – 189.

De acuerdo con lo anterior, la delimitación es la siguiente, cuya conceptualización es además similar a la española²⁷³:

- (i) Contrato de distribución autorizada. Un contrato de distribución autorizada es un acuerdo en virtud del cual un distribuidor es designado por el proveedor como distribuidor autorizado "*distributeur agree*" y es autorizado por éste para mostrarse al público como tal y vender y/o a prestar servicios en relación con los productos del proveedor.

- (ii) Contrato de distribución selectiva: Un contrato de distribución selectiva es un acuerdo en virtud del cual un fabricante se compromete a suministrar sus productos a sólo un número limitado de distribuidores que se seleccionan en función de criterios cualitativos y/o cuantitativos verificables objetivamente.

Tales acuerdos no confieren a los distribuidores ningún derecho exclusivo de vender y/o de proporcionar servicios en relación a los productos del fabricante dentro de un área geográfica como sí ocurre en el contrato de distribución exclusiva. Esta no exclusividad opera tanto respecto del productor como del distribuidor, permitiendo al primero suministrar sus productos a otros distribuidores seleccionados dentro de la misma área geográfica y permitiendo al segundo suministrar productos de otros productores.

²⁷³ AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, pág. 188 – 189.

- (iii) Contrato de distribución exclusiva. Un contrato de distribución exclusiva es un acuerdo por el que el proveedor se compromete a suministrar, dentro de un área geográfica, sus productos a un solo distribuidor. Confiere derechos exclusivos a favor del distribuidor y el productor por lo tanto no puede vender sus productos a otros distribuidores dentro de un área geográfica específica.

- (iv) Contrato de distribución no exclusiva. Un contrato de distribución no exclusiva es un acuerdo en virtud del cual un productor se compromete a suministrar de forma no exclusiva sus productos a un distribuidor. Por lo tanto, el productor puede vender a otros distribuidores en la misma área geográfica y el distribuidor puede vender productos de otros productores.

5.2.2 Contenido del contrato.

El ordenamiento francés ha establecido determinadas normas que intentan evitar abusos en las relaciones entre distribuidores y proveedores, en particular, el artículo L442-6 del Código de Comercio francés prevé diferentes supuestos de hecho que son considerados posibles abusos en la relación de distribución cuya comisión acarrea el pago de importantes multas económicas²⁷⁴.

²⁷⁴ FERRIER, Didier. “Los Contratos de Distribución en Europa”. En: *La reforma de los contratos de distribución comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, págs. 122 y ss.

Artículo L 442-6.I del Código de Comercio Francés. El cual establece:

En este sentido, a fin de evitar estos abusos, las autoridades francesas han establecido que las partes complementen tres documentos:

- (i) El primero, es el documento del proveedor que establece las condiciones generales de la venta. El artículo L441-6 del Código de Comercio Francés obliga al proveedor a entregar este documento a todos sus distribuidores y establece que sus condiciones son la base (“*socle*”) de la negociación como punto de partida (“*point de départ*”).
- (ii) El segundo, es un acuerdo de recapitulación que recoge los pasos dados hasta la formulación del acuerdo. El art L441-7 de Código de Comercio francés obliga a ambas partes a escribir todas las condiciones de su relación en un documento que resuma: las condiciones de la venta al término de la negociación, las condiciones de los servicios prestados por el distribuidor para potenciar la comercialización del producto y el resto de obligaciones acordadas para favorecer las relaciones entre las partes.

“Comprometerá la responsabilidad de su autor y le obligará a reparar el daño causado, todo productor, comerciante, industrial o persona inscrita en el Registro Central de Artesanos, por el hecho de: 1° Obtener o intentar obtener de la otra parte en la negociación cualquier ventaja que no corresponda a ningún servicio comercial efectivamente prestado o manifiestamente desproporcionado con relación al valor del servicio prestado. Dicha ventaja podrá sobre todo consistir en la participación, no motivada por un interés común y sin contrapartida proporcionada, en la financiación de una operación de promoción comercial, de una adquisición o de una inversión, en particular en el marco de la renovación de tiendas o incluso de unificación de firmas o acercamiento entre las centrales de compra. Dicha ventaja podrá asimismo consistir en una globalización artificial de las cifras de negocio o en una solicitud de equiparación a las condiciones comerciales obtenidas por otros clientes; 2° Someter o intentar someter a un colaborador comercial a obligaciones que provoquen un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes;”

- (iii) El tercer y último de los documentos obligatorios son las facturas de compra en las que se detallará toda la información sobre la venta o el servicio: concepto, precio, condiciones de entrega o ejecución, etc.

Estas exigencias de documentación tienen como finalidad poder comparar los acuerdos iniciales, las intenciones del contrato y el resultado final, de forma que es más clarificador sobre los desequilibrios o las condiciones abusivas²⁷⁵.

El distribuidor exclusivo también está protegido frente a obligaciones de no competencia una vez finalizado el periodo de acuerdo. En primer lugar, ésta obligación de no competencia debe estar limitada en cuanto al concepto, la duración y el territorio para que el distribuidor pueda mantener su actividad. En segundo lugar, la obligación de no competencia debe ser proporcionada al interés justificado del proveedor.

Asimismo, existen prohibiciones de precio mínimo impuesto que son aplicables a toda persona, ya sea física o jurídica, tenga o no la condición de comerciante, y sea cual sea el contrato en el que se incluyan²⁷⁶.

Para el caso de que el contrato se establezca de forma exclusiva el Código de Comercio francés también establece una serie de garantías y requisitos

²⁷⁵ FERRIER, Didier. “Los Contratos de Distribución en Europa”. En: *La reforma de los contratos de distribución comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, págs. 122 y ss.

²⁷⁶ FABRE, Pierre, *Concurrence, Distribution, Consomation*, Ed. Dalloz, París, Francia, 1983, pág. 23.

para proteger al distribuidor de tal manera que²⁷⁷:

- (i) Veinte días antes del comienzo del acuerdo, el proveedor está obligado a hacer pública la información sobre; su experiencia, su actividad, su red de contactos o *network* y el acuerdo.
- (ii) Durante el acuerdo, los tribunales controlan si el proveedor comete abusos en la fijación del precio de venta de los productos, de tal manera que si los precios son abusivos el contrato podría cancelarse por el distribuidor²⁷⁸.
- (iii) Con respecto a la finalización del acuerdo, el distribuidor exclusivo está protegido de una duración demasiado larga. La duración de todo acuerdo exclusivo está limitada a 10 años, más allá de este periodo de tiempo el acuerdo es nulo, todo ello de acuerdo con el artículo L330-

²⁷⁷ Entre otros, artículo L330-3 del Código de Comercio Francés. El cual establece:

“Toda persona que ponga a disposición de otra un nombre comercial, una marca o un rótulo comercial, exigiendo un compromiso de exclusividad o de casi exclusividad para el ejercicio de su actividad, estará obligada, antes de firmar cualquier contrato suscrito en interés común de ambas partes, a suministrar a la otra parte un documento que dé informaciones exactas y fidedignas que le permitan comprometerse con conocimiento de causa. Este documento, cuyo contenido será establecido por decreto, precisará la antigüedad y la experiencia de la empresa, el estado y las perspectivas de desarrollo del mercado en cuestión, la importancia de la red de explotadores, la duración, las condiciones de renovación, de rescisión y de cesión del contrato así como el campo de las exclusividades. Cuando se exija el pago de una cantidad antes de la firma del contrato mencionado anteriormente, en especial para obtener la reserva de una zona, las prestaciones aseguradas en contrapartida de esta cantidad deberán ser precisadas por escrito, así como las obligaciones recíprocas de las partes en caso de retracto. El documento previsto en párrafo primero, así como el proyecto de contrato serán comunicados como mínimo veinte días antes de la firma del contrato o, en su caso, antes del pago de la cantidad mencionada en el párrafo anterior.”

²⁷⁸ SIRVENT GARCÍA, Jorge. “La imposición del precio de reventa en los contratos de distribución vertical con cláusula de exclusividad”. En: *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*. Coord. LLAMAS POMBO, Eugenio. Ed. La Ley, Madrid 2006, pág. 786.

1 del Código de Comercio francés²⁷⁹.

En cualquier caso, en el marco de un contrato de distribución exclusiva el proveedor tiene libertad de conceder exclusividad al distribuidor para la venta de sus productos en un área geográfica, siendo común que la exclusividad sea recíproca, de tal manera que ésta también es exigible respecto del proveedor, limitando la posibilidad de que pueda designar a otros distribuidores en una misma área geográfica²⁸⁰.

Como ya hemos visto, la normativa francesa trata de proteger la libre competencia en el mercado frente a posibles restricciones o distorsiones fruto de acuerdos verticales, pero también busca proteger al distribuidor frente a una posición de dominación del proveedor²⁸¹. Así, con respecto a la protección de la competencia contra comportamientos anti-competitivos; las autoridades de la competencia francesas y la Comisión Europea evalúan la existencia de posibles restricciones verticales de forma idéntica sin que exista, por tanto, ninguna particularidad a este respecto en la legislación francesa frente a la española.

²⁷⁹ Artículo L330-1 del Código de Comercio Francés. El cual establece:

“El periodo de validez de cualquier cláusula de exclusividad estará limitado a un máximo de diez años. Por esta el comprador, cesionario o arrendatario de bienes muebles se comprometerá con respecto a su vendedor, cedente o arrendador, a no hacer uso de objetos similares o complementarios que provengan de otro proveedor.”

²⁸⁰ AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, pág. 189 – 190.

²⁸¹ FERRIER, Didier. “Los Contratos de Distribución en Europa”. En: *La reforma de los contratos de distribución comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, págs. 124 y ss.

5.2.3 Terminación del Contrato.

Al igual que ocurre en España, los contratos de distribución en Francia pueden suscribirse por periodo de tiempo determinado o indefinido, sin perjuicio de las limitaciones en cuanto al periodo de exclusiva que antes comentamos.

Asimismo, si un contrato por tiempo determinado continúa ejecutándose tras su finalización, éste tendrá la consideración de haber sido renovado por tiempo indefinido.

En el caso de que se trate de un contrato por tiempo indefinido, cualquiera de las partes puede terminar el contrato de la forma prevista en el mismo y en defecto de una cláusula específica, se podrá resolver mediante comunicación escrita con un periodo de antelación razonable.

En este sentido, el artículo L442-6-I-5 del Código de Comercio francés prohíbe la llamada interrupción brusca ("*retrait brusque*") de cualquier relación comercial, independientemente de que se trate de un contrato de duración determinada o indefinida. En tal caso, la normativa francesa prevé una acción de indemnización de daños por la brusca terminación, en virtud de la cual la parte cumplidora tiene que demostrar la pérdida sufrida atribuible a dicha terminación brusca. Estos daños pueden consistir en el beneficio que el distribuidor podría haber obtenido durante un período de aviso "razonable" además de las inversiones no amortizadas que hubiera

podido haber realizado²⁸².

Asimismo, cualquiera de las partes puede resolver el contrato en caso de incumplimiento de la otra de sus obligaciones. Con anterioridad a dicha resolución, la parte incumplidora debe ser notificada del incumplimiento para intentar poner remedio al mismo.

Finalmente, debe de destacarse que no existe ninguna norma específica que obligue al distribuidor a devolver los productos al proveedor por la resolución del contrato de distribución, y por lo tanto tendrá que ser indicado expresamente en el acuerdo. Sin embargo, los acuerdos de distribución prohíben a menudo a los distribuidores la comercialización de los productos del proveedor en el territorio después de la terminación del acuerdo. Esta restricción es generalmente apoyada por las disposiciones relativas a los derechos de propiedad intelectual del proveedor que prohíben al distribuidor el uso de las marcas y nombres comerciales del proveedor después de la expiración o terminación del contrato.

5.3 Alemania.

5.3.1 Preliminar.

En cuanto al concepto de los contratos de distribución en Alemania se refiere, estos son definidos como “*Absatzmittlungsvertäge*”, siendo acuerdos de cooperación que se celebran en el marco de la tradicional estructura de

²⁸² AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, pág. 189 – 190.

ventas en tres escalones productor-mayorista-minorista entre una empresa situada en un nivel superior y una empresa situada en un nivel subordinado, todo ello para proporcionar la cooperación económica de distribución sobre una base contractual a largo plazo²⁸³.

Los contratos de distribución en Alemania carecen de un régimen legal propio, siendo la doctrina y la jurisprudencia alemana los que han desarrollado su propio marco de actuación. A pesar de ello, en determinadas ocasiones y bajo determinadas circunstancias les son de aplicación analógicamente la legislación del contrato de agencia alemana al de distribución²⁸⁴.

Lo anterior es debido a que se parte de una percepción de la distribución como un concepto económico y político y no jurídico, lo que ha ocasionado ciertas dudas sobre la legislación del mercado aplicable y la legislación contractual. Se parte por ello de las observaciones desde tres puntos de vista; en primer lugar, el punto de vista económico y legal, en segundo lugar, por la legislación de mercado (“*Wirtschaftsordnungsgesetz*”) y por último la dimensión del Derecho de contratos aplicable²⁸⁵.

Finalmente, en lo que respecta a su naturaleza jurídica, nos encontraríamos

²⁸³ MARTINEK, Michael y SEMLER, Franz-Jörg. *Handbuch des Vertriebsrechts*. Ed. Beck, Múnich, Alemania, 1997, págs. 112 y ss.

²⁸⁴ AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & McKenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, pág. 203

²⁸⁵ MÜLLER-GRAFT, Peter Christian. “Los Contratos de Distribución en Europa”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, pág. 113 y ss.

ante contratos de carácter marco (“*Rahmencharackter*”) y duraderos (“*Dauerchuldharakter*”)²⁸⁶.

5.3.2 Contenido del contrato.

En el ordenamiento jurídico alemán los contratos de distribución, al igual que los de agencia, no están sujetos a ningún requisito formal concreto. Un contrato de distribución puede establecerse de forma oral o escrita y puede surgir de la voluntad implícita de las partes. Asimismo, les son de aplicación a los contratos de distribución las provisiones generales de los contratos y no existe ninguna obligación para registrar un contrato de distribución.

De acuerdo con el régimen general de obligaciones y contratos previsto en el HGB, las partes son libres de determinar el alcance de los derechos de distribución del distribuidor, de este modo las partes pueden pactar cláusulas de exclusividad. Para evitar posibles malinterpretaciones, el acuerdo debe especificar si dicha exclusividad impide la venta de los bienes objetos del contrato dentro del territorio convenido a través de otro distribuidor o agente o si puede limitar la venta de los productos objeto del contrato directamente a los clientes dentro de ese territorio²⁸⁷.

No obstante, los contratos de distribución que incluyan cláusulas de exclusividad que puedan limitar la libre competencia deben de ser

²⁸⁶ MARTINEK, Michael y SEMLER, Franz-Jörg. *Handbuch des Vertriebsrechts*. Ed. Beck, Múnich, Alemania, 1997, págs. 112 y ss.

²⁸⁷ AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, pág. 204 – 205.

analizados de conformidad con la normativa europea, en este sentido, el Derecho alemán no trata uniformemente todos los acuerdos restrictivos de la competencia. La distinción principal es la que contrapone acuerdos que persiguen una finalidad común de aquellos que no persiguen una finalidad común (*Vertäge mit und ohne gemeinsamen Zweck*); es decir, básicamente acuerdos horizontales y acuerdos verticales en el marco de la relación de distribución. Para los primeros, los cárteles (*Kartelle*), se establece una regulación unitaria en los artículos 1-14 de la Ley alemana de Defensa de la Competencia (*Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gwb*) mientras que los segundos, los llamados contratos de cambio o individuales (*Austausch-oder Individualverträgen*), se distinguen a su vez si se trata de restricciones a la libertad de contenido (*Inhaltsfreiheit*) consistentes en la imposición de precios y de condiciones comerciales, a la libertad de contratación (*AbschuluBfreiheit*) consistentes en limitaciones al destino de los bienes o servicios objeto del contrato, imposiciones en exclusividad, de distribución y negocios vinculados o de contratos que tiene por objeto determinados derechos de propiedad industrial²⁸⁸.

5.3.3 Terminación del Contrato.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, la terminación del contrato de distribución no está sujeta a ningún requisito formal, por lo tanto, puede ser finalizado por escrito así como mediante cualquier otra fórmula que permita

²⁸⁸ PÉREZ FERNÁNDEZ, Patricia. “Reforma de la Ley alemana de Defensa de la Competencia (*Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gwb*)”. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*. N° 11, 2012, págs. 217-228.

probar la existencia de la notificación de resolución²⁸⁹.

Entre la doctrina existen diferentes opiniones sobre si los plazos de preaviso obligatorios para los contratos de agencia deben aplicarse a los de distribución, en este sentido, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Federal de Justicia de Alemania “*Bundesgerichtshof*”, los plazos de preaviso legales para los contrato de agencia pueden aplicarse analógicamente²⁹⁰ con carácter general a los contratos de distribución, siempre y cuando el distribuidor no hubiera realizado inversiones no amortizadas, en cuyo caso los plazos de preaviso deberán de tener en cuenta el plazo de amortización de dichas inversiones²⁹¹.

Un contrato de distribución puede terminarse con el preaviso de un mes durante el primer año de contrato antes de la finalización, con dos meses antes de la finalización del segundo año, con tres meses del tercer al quinto año y con seis meses a partir del sexto año. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el final del periodo de preaviso debe coincidir con el mes natural. Los plazos de preaviso pueden ser más largos si en función de las circunstancias del caso la dependencia del distribuidor de los productos pide

²⁸⁹ AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, pág. 205 – 206.

²⁹⁰ KOCHER, Dirk. “Analoge Anwendung des Handelsvertreterrechts auf Vertragshändler in Europa”. *RIW*, 2003, 512, N° 7.

²⁹¹ MÜLLER-GRAFT, Peter Christian. “Los Contratos de Distribución en Europa”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, pág. 118.

mayor protección²⁹².

En caso de resolución del contrato de distribución sin respetar los plazos de preaviso aplicables, el distribuidor puede tener derecho a reclamar daños y perjuicios, por ejemplo, por el lucro cesante que el distribuidor hubiera sufrido con los productos objeto del contrato hasta el final del plazo de preaviso que corresponda.

Finalmente, las partes pueden resolver el contrato de distribución con efecto inmediato sin necesidad de preaviso en caso de incumplimiento de la otra parte de sus obligaciones bajo el contrato²⁹³.

5.4 Reino Unido.

5.4.1 Preliminar.

Los contratos de distribución no cuentan con una regulación específica en el Reino Unido, rigiéndose dichos contratos por las normas y principios ordinarios de la legislación de contratos inglesa que son producto tanto de estatutos como de leyes comunes (entre otras, *Unfair Contract Terms Act*

²⁹² MÜLLER-GRAFT, Peter Christian. “Los Contratos de Distribución en Europa”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, pág. 118.

²⁹³ AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & McKenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, pág. 205 – 206.

1977, *Sale of Goods Act 1979* o *Consumer Protection Act 1987*)²⁹⁴.

Asimismo, el denominado “*common law*” creado por los tribunales de justicia ingleses es también una fuente de derecho contractual ya que los tribunales a través de sus precedentes interpretan y definen otras fuentes del ordenamiento jurídico. No obstante, debe de destacarse que dicho Derecho jurisprudencial emanado de los tribunales de justicia no tiene prevalencia sobre leyes escritas, de tal manera que las normas emanadas por los tribunales ingleses deben aplicarse mientras no choquen con las normas escritas. En este sentido, el *common law* de los tribunales ingleses aporta algunas reglas específicas de los contratos de distribución, un ejemplo de ello lo tenemos en cuanto a las normas sobre el preaviso para la terminación de los contratos de distribución²⁹⁵.

Visto lo anterior, las partes en un contrato de distribución tienen la libertad para pactar los términos y condiciones de su relación contractual estableciendo las reglas que consideren oportunas para regir su relación, siempre que tales términos no sean contrarios a las leyes y el *common law* de los tribunales ingleses, además de las normas emanadas por la Unión Europea que sean de aplicación directa²⁹⁶.

²⁹⁴ LASCORZ COLLADA, María Cruz. “El desistimiento unilateral en los contratos de tracto sucesivo: Civil vs Common Law en los contratos de distribución”. *Revista de Derecho Brasileño*, año 4, vol. 9, Edición Especial, 2014, pág. 192.

²⁹⁵ VOLLER, Paul. *Agency and Distribution Agreements (UK)*. Bircham Dyson Bell. 2009. <https://globaledege.msu.edu/content/trade-law/united-kingdom.pdf>.

²⁹⁶ AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, pág. 639 - 640.

5.4.2 Contenido del contrato.

Al igual que ocurre en nuestro ordenamiento, los contratos de distribución en el Reino Unido no gozan de ningún requisito formal específico en cuanto a su formalización, de tal manera que pueden celebrarse incluso de manera verbal. Asimismo, el distribuidor puede ser una persona física, empresario individual o una persona jurídica²⁹⁷.

El distribuidor puede llevar a cabo su labor de forma exclusiva o no. En el caso de contratos de distribución sin cláusula de exclusividad el proveedor tiene la libertad para vender en el territorio a otros distribuidores y llevar a cabo ventas directas a los clientes, aspectos que no se podrían realizar en el supuesto de existencia de una cláusula de exclusividad²⁹⁸.

La exclusividad también puede ser acordada en favor del proveedor, en cuyo caso el distribuidor se compromete a no actuar como distribuidor en el territorio contractual para cualquier otro proveedor.

No obstante, las cláusulas de exclusividad previstas en los contratos de distribución están sometidas a las normas de defensa de la competencia emanadas de las normas comunitarias e inglesas.

²⁹⁷ VOLLER, Paul. *Agency and Distribution Agreements (UK)*. Bircham Dyson Bell. 2009. <https://globaledge.msu.edu/content/trade-law/united-kingdom.pdf>.

²⁹⁸ AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & McKenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, pág. 641.

5.4.3 Terminación del Contrato.

Los términos de la duración del contrato de distribución se pactan entre las partes, pudiendo ser de carácter determinada o indefinida, asimismo, en caso de duración determinada, las partes pueden pactar la duración que estimen oportuna. Al igual que ocurre en nuestro ordenamiento, si no se establece ningún periodo de duración, se presupone que el contrato ha sido otorgado por tiempo indefinido, en tal caso, para su resolución se requiere de un preaviso con una antelación razonable²⁹⁹.

La legislación inglesa no requiere para la terminación del contrato de distribución de ninguna formalidad, no obstante, en aras de una mayor seguridad contractual es habitual que las partes establezcan en los contratos de distribución que el preaviso se realice de manera escrita³⁰⁰.

La cuestión de lo que constituye un preaviso "razonable" se determinará caso por caso, teniendo en cuenta los hechos existentes en el momento en que se lleve a cabo dicho preaviso. En la determinación de la razonabilidad del preaviso, los tribunales ingleses deberán de tener en cuenta todas aquellas circunstancias pertinentes, como por ejemplo la amortización de inversiones realizada por el distribuidor³⁰¹. En cualquier caso, incluso tratándose de una resolución del contrato sin un preaviso razonable, la

²⁹⁹ VOLLER, Paul. *Agency and Distribution Agreements (UK)*. Bircham Dyson Bell. 2009. <https://globaledege.msu.edu/content/trade-law/united-kingdom.pdf>.

³⁰⁰ AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, pág. 641-646.

³⁰¹ AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018, pág. 641-646.

terminación en sí seguirá siendo válida, pero la parte perjudicada tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios.

En el caso de resolución del contrato, no hay ninguna obligación en virtud de la legislación inglesa que obligue al proveedor a recomprar los productos no vendidos al distribuidor o al contrario, para que el distribuidor devuelva los productos no vendidos al proveedor.

Finalmente, debe destacarse que a diferencia de lo que ocurre con el contrato de agencia, por la finalización del contrato de distribución los distribuidores no tienen, en términos generales, derecho a una compensación por la clientela generada, salvo que expresamente las partes lo hubieran pactado en el contrato. La única compensación a la que tendrían derecho los distribuidores es a ser indemnizados por los daños y perjuicios que hubieran sufrido como consecuencia de que el contrato no se hubiera resuelto conforme a sus propios términos o por la existencia de un preaviso no razonable.

III. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN GENERAL.

1. Concepto de los contratos de distribución.

En España, el estudio del concepto de los contratos de distribución como categoría fue iniciado a mediados de los años ochenta por varios autores, entre los que destacan DOMÍNGUEZ GARCÍA y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO³⁰².

Junto con los anteriores autores, debemos también poner de manifiesto los estudios sobre el concepto de los contratos de distribución comercial realizados por ALONSO SOTO³⁰³, autor que al igual que la amplia mayoría de nuestra doctrina se decanta por un concepto restringido de los contratos de distribución en el que

³⁰² DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Los Contratos de Distribución. Propuesta de construcción unitaria.” *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*. Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, 1984-85, págs. 475 y ss.; DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”. *Revista de Derecho Mercantil*. 1985, núm. 177, págs. 419-485; DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Los Contratos de Distribución: Agencia Mercantil y Concesión Comercial”. En: *Contratos internacionales*. Coord. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. Ed. Tecnos, Madrid 1997, págs. 1275-1384; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1995”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 1996, N.º 41, págs. 525-537.

³⁰³ Estudio que ha llevado a cabo a través de las diferentes obras que ha publicado, la última de la cual se divulgó con motivo de la publicación por parte de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia de la PCM de la cual él era vocal permanente.

Entre otras, ALONSO SOTO, Ricardo. “Los Contratos de Distribución Comercial en la Propuesta de Código Mercantil.” *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*. N.º 14, 2014, Ed. La Ley, pág. 13 y ss.; ALONSO SOTO, Ricardo. “Contratos de Distribución Comercial y de Defensa de la Competencia.” *Cuadernos de derecho jurisprudencial*. N.º 21, 2006, págs. 161 – 200. ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 61.

excluye al contrato de agencia.

Asimismo, hay que poner de relieve el análisis que del concepto de los contratos de distribución comercial se contiene en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y en particular destaca el análisis realizado en su STS de 8 de noviembre de 1995³⁰⁴, en la cual, a resultas de la extinción de un contrato de concesión exclusiva, el Tribunal Supremo delimita el concepto de los contratos de distribución respecto del contrato de agencia a efectos de la posible aplicación o no de la indemnización por clientela que prevé en su artículo 28 la LCA³⁰⁵.

A este respecto y siguiendo con la delimitación del concepto de contratos de distribución que realizan los referidos autores así como nuestro Tribunal Supremo, lo que distingue al contrato de distribución respecto del contrato de agencia es la diferencia de objeto de ambos contratos, pues mientras que la agencia tiene por objeto la negociación (promoción negocial continuada) de operaciones comerciales ajenas, la concesión tiene por finalidad el comprar para posteriormente revender por cuenta propia.

³⁰⁴ Junto con los estudios realizados por DOMÍNGUEZ GARCÍA, destaca también el comentario que realiza BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO a la STS de 8 de noviembre de 1995 y en el cual ahonda sobre el concepto de los contratos de distribución haciendo especial hincapié en la delimitación de éste concepto como categoría independiente e individualizada; STS de 8 de noviembre de 1995, Sala de lo Civil, nº. 1315/1992 (RJ 1995/8637).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1995”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 1996, N.º. 41, págs. 525-537.

³⁰⁵ Artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia. Boletín Oficial del Estado de fecha 29 de mayo de 1992.

1.1 Concepto amplio y restringido de los contratos de distribución.

El término “Contratos de Distribución” es utilizado en numerosas ocasiones para referirse a un conjunto de contratos con una serie de características comunes, siendo la principal de ellas la “colaboración”, característica que comparte con multitud de figuras contractuales como son el contrato de agencia, mediación, corretaje o comisión.

En este sentido, según los autores a los que acudamos, unos y otros aluden a un concepto amplio o restringido de los contratos de distribución sin que en la actualidad pueda afirmarse que exista un concepto unitario. No obstante, el concepto restringido es el más aceptado por nuestra doctrina e incluso es el elegido por nuestro legislador en los diferentes intentos por regular los contratos de distribución³⁰⁶.

En primer lugar, el concepto amplio de contratos de distribución acoge todos aquellos contratos que sirven para distribuir productos o servicios en el mercado, entendiéndose la distribución como aquel proceso en virtud del cual se ponen a disposición de los consumidores los productos a través de una cadena de distribución³⁰⁷.

³⁰⁶ Proyecto de la Ley de Contratos de Distribución. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Proyecto de Ley número 121/000138. 29 de junio de 2011. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es; Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

³⁰⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1995”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 1996, N.º. 41, págs. 525-537.

De la definición vista anteriormente se pone de relieve que lo relevante a la hora de delimitar el concepto amplio de los contratos de distribución no es un criterio jurídico sino económico, pues en la medida en que se trate de cualquier contrato que permita la comercialización de productos a través de una red de distribución estaríamos ante un contrato de distribución.

No obstante, cabe destacar que algunos autores, junto con la definición de concepto amplio y restringido de los contratos de distribución comercial añaden un grado más amplio y en el cual incluirían todas aquellas técnicas asociativas, cooperativas o consorciales y demás figuras contractuales que permitan la distribución de bienes o servicios. Obviamente, este grado tan amplio de definición no permitiría establecer una categoría de contratos de distribución en tanto en cuanto engloba cualquier relación jurídica que permita en el tráfico la distribución de bienes y servicios.

En cualquier caso, dentro de este concepto amplio de contratos de distribución se incluiría necesariamente al contrato de agencia pues se trataría de un contrato que cumple con la función económica de la distribución, pese al carácter independiente del Agente respecto del principal³⁰⁸. Asimismo, se incluirían otras figuras como son la comisión, la mediación o corretaje, concesión mercantil y franquicia, es decir, todo contrato que tenga por finalidad la distribución de bienes o servicios.

Junto con el concepto amplio, nuestra doctrina aporta también un concepto restringido de los contratos de distribución, el cual se circunscribiría a aquellos

³⁰⁸ DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Los Contratos de Distribución: Agencia Mercantil y Concesión Comercial”. En: *Contratos internacionales*. Coord. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. Ed. Tecnos, Madrid 1997, págs. 1275-1384.

contratos cuya causa-función típica y exclusiva es la distribución descendente indirecta propia de la concesión, la “*agrégation*” y la franquicia comercial, es decir, nos encontraríamos ante aquellos contratos en virtud de los cuales un intermediario (distribuidor) se obliga como contrapartida a una posición privilegiada en el mercado a promover la comercialización de productos fabricados por el principal (concedente), cuya finalidad requiere, según los casos, una serie de eventuales negocios instrumentales como el suministro o licencias de uso sobre bienes inmateriales³⁰⁹.

Así, nos encontramos ante una técnica contractual de integración de empresas en un plano económico y vertical, cuyos rasgos jurídicos caracterizadores mínimos están representados por la obligación del distribuidor de promover la comercialización de productos o servicios contractuales y su actuación en nombre y por cuenta propios³¹⁰.

Como podemos comprobar de lo anterior, se hace descansar la noción restringida sobre el fundamento de la causa-función típica de los contratos de distribución, esto es, en su vertiente de contratos integradores contractualmente e indirectos, excluyéndose al contrato de agencia³¹¹.

³⁰⁹ DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Los Contratos de Distribución: Agencia Mercantil y Concesión Comercial”. En: *Contratos internacionales*. Coord. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. Ed. Tecnos, Madrid 1997, págs. 1275-1384.

³¹⁰ DOMÍNGUEZ GARCÍA, MANUEL ANTONIO. *Los Contratos de Distribución. Propuesta de construcción unitaria*. Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres, Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, 1984-85, pág. 485.

³¹¹ Junto con los trabajos realizados por DOMÍNGUEZ GARCÍA y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en materia del desarrollo del concepto de los contratos de distribución también destacan los trabajos realizados por ALONSO SOTO. En concreto, este autor se inclina por un concepto restringido de los contratos de distribución, particularmente, y como definición preliminar, considera como contratos de

A mayor abundamiento, el concepto restringido de los contratos de distribución contaría con las siguientes características:

- (i). Son contratos de colaboración suscritos por empresarios independientes, normalmente un fabricante o productor y varios distribuidores con el objeto de establecer una red de distribución de productos o servicios del fabricante o productor.
- (ii). Son contratos mercantiles, de duración continuada y habitualmente de adhesión.

distribución a aquellos en los que el productor acuerda con el distribuidor la entrega de un bien para su reventa en un área concreta.

ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 56-73.

PELLISÉ DE URQUIZA utiliza también un concepto restringido de contrato de distribución, definiéndolos como aquellos contratos en virtud de los cuales un operador económico asume, en contrapartida de la posibilidad de obtener beneficios derivados de la comercialización de los productos contractuales, la obligación de promover la reventa de los productos suministrados por la contraparte.

PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. *Los Contratos de Distribución Comercial. Problemas de Derecho Internacional Privado en la Comunidad Europea*. Ed. Bosch, Madrid, 1999, pág. 30.

También acoge el concepto restringido de los contratos de distribución TORRUBIA CHALMETA al determinar que sólo pueden incluirse dentro del concepto de contratos de distribución *stricto sensu* aquellos contratos en los que se cumplan las siguientes circunstancias; (i) Son apropiados para la función económica de distribución de bienes y servicios; (ii) el distribuidor desarrolla su actividad por cuenta propia; y (iii) la presencia de un interés por parte del fabricante o productor en fiscalizar la actividad de distribución entre la clientela de los productos o servicios distribuidos.

TORRUBIA CHALMETA, Blanca. “El Contrato de Distribución Selectiva”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 8, Enero-Junio 2011, Ed. La Ley, pág. 93.

- (iii). Pueden conllevar la cesión de derechos sobre bienes inmateriales (marcas, rótulos, logotipos, know-how, etc.).
- (iv). Son contratos atípicos.

Además de las anteriores características, la mayoría de la doctrina científica diferencia dentro de los denominados contratos de colaboración a los contratos de distribución como categoría unitaria y diferenciada, en los que los intermediarios actúan por cuenta e interés propio, esto es, compran para luego revender, sin actuar en nombre y representación de un tercer empresario como sería el caso de un contrato de agencia, comisión o mediación o corretaje.

El elemento diferenciador de los contratos de distribución del resto de los anteriores contratos de colaboración citados es sin lugar a dudas la independencia y asunción del riesgo por parte del distribuidor, que permite que, sin perjuicio de la incorporación del distribuidor al canal vertical de distribución existente entre el fabricante y el consumidor, el distribuidor actúe como un sujeto jurídico independiente de ambos y que sin embargo actúa como nexo de unión de ambos, todo ello con la finalidad de que el producto llegue finalmente a su destino, esto es, la venta a los consumidores. Esta independencia, además, supone la asunción del riesgo en la operación por parte del distribuidor, riesgo que se traduce en el pago de un precio por la mercancía que adquiere del fabricante y la obtención de ese precio más el margen de beneficio que obtenga de la venta de los productos al consumidor final o a otro distribuidor.

Finalmente, prueba de la aceptación de la nota de independencia en el sentido explicitado como característica para definir a los contratos de distribución la

encontramos en el artículo 545-14 de la PALCM, en dicho artículo se propugna como característica de estos contratos la independencia entre el distribuidor y el proveedor, tal y como se puede observar de su redacción³¹².

1.2 El concepto de los contratos de distribución en la Jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

En el presente apartado expondremos el tratamiento que del concepto de los contratos de distribución realiza la jurisprudencia española, en este sentido, es de destacar el escaso tratamiento que tiene en el ámbito jurisprudencial, pese a tratarse de una cuestión que, como hemos visto anteriormente, es ampliamente analizada

³¹² *Artículo 545-14. Independencia entre proveedor y distribuidor*

1. En los contratos de distribución el proveedor y el distribuidor conservarán su independencia económica y autonomía jurídica y serán los únicos titulares frente a terceros de los derechos y obligaciones derivados de las relaciones que con ellos mantengan.

Lo dispuesto en el párrafo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la normativa vigente sobre responsabilidad por bienes o servicios defectuosos.

2. El distribuidor estará obligado a indicar en la documentación mercantil que expida, en los rótulos o logotipos que utilice y en la publicidad que realice, su condición de empresario independiente, procurando no desvirtuar la identidad de la red en la que está integrado.

Artículo 545-14. Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

La cuestión de la independencia del distribuidor también fue abordada por el también superado PLCD, en el apartado 2 de su artículo 4, en donde se exponen los principios rectores de dichos contratos, así se establece lo siguiente:

Artículo 4. Principios rectores

1....

2. Proveedor y distribuidor conservarán su independencia económica y autonomía jurídica soportarán el riesgo empresarial propio de su respectiva actividad y serán los únicos titulares frente a terceros de los derechos y obligaciones derivados de las relaciones que con ellos mantengan.

por nuestra doctrina.

La jurisprudencia analizada es concretamente la emanada de la sala primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, siendo de destacar que los supuestos a raíz de los cuales el Tribunal Supremo entra a analizar el concepto de los contratos de distribución son como consecuencia del establecimiento de un criterio diferenciador respecto del contrato de agencia, todo ello, en la gran mayoría de los casos, a los efectos de la posible aplicación o no de la indemnización por clientela prevista en el artículo 28 de la LCA en los supuestos de extinción del contrato.

A este respecto, la STS de fecha 8 de noviembre de 1995³¹³ es muy relevante puesto que es una de las primeras sentencias emitidas por el Tribunal Supremo en el que se trata de determinar un concepto de los contratos de distribución. Así, la referida sentencia, en su fundamento de Derecho II, subraya dos notas importantes que caracterizan a los contratos de distribución³¹⁴:

- (i). El objeto de la distribución es la reventa o distribución de los productos del concedente, y
- (ii). El distribuidor debe de poder organizar su actividad profesional conforme a sus propios criterios sin imposiciones del concedente.

³¹³ Sentencia que fue ampliamente comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO tal y como vimos anteriormente.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1995”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 1996, N.º. 41, págs. 525-537.

³¹⁴ STS de 8 de noviembre de 1995, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 1315/1992 (RJ1995/8637). Fundamento de Derecho II.

Esta conceptualización realizada por el Tribunal Supremo fue con posterioridad completada a lo largo de los años con diversas sentencias posteriores³¹⁵, entre las que destacamos, entre otras, las STS de fecha 1 de febrero de 2001³¹⁶, 31 de octubre de 2001³¹⁷, 26 de abril de 2002³¹⁸, 6 de noviembre de 2006³¹⁹, 15 de octubre de 2008³²⁰, 4 de marzo de 2009³²¹, 10 de marzo de 2010³²², 22 de junio de 2010³²³, 29 de septiembre de 2010³²⁴ y de 15 de marzo de 2011³²⁵.

De las anteriores sentencias, junto con la emitida el 8 de noviembre de 1995 ya comentada anteriormente, también es relevante la sentencia emitida por el Tribunal Supremo en fecha 26 de abril de 2002, en la cual el alto tribunal hace un importante trabajo de recopilación de la jurisprudencia sobre la materia y, más concretamente, al respecto de la diferenciación entre el contrato de agencia y el de distribución³²⁶.

³¹⁵ PAISÁN RUIZ, PABLO. “La Nueva Regulación de los Contratos de Distribución de Vehículos”. *Revista Economist & Jurist*. Nº. 151, 2011, págs. 72-77.

³¹⁶ STS de 1 de febrero de 2001, Sala de lo Civil, Rec. nº. 27/1996 (RJ 2001/2231).

³¹⁷ STS de 31 de octubre de 2001, Sala de lo Civil, Rec. nº 2170/1996 (RJ 2002/227).

³¹⁸ STS de 26 de abril de 2002, Sala de lo Civil, Rec. nº. 4429/1998 (RJ 2002/5244).

³¹⁹ STS de 6 de noviembre de 2006, Sala de lo Civil, Rec. nº. 517/2000 (RJ 2006/9425).

³²⁰ STS de 15 de octubre de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2789/2002 (RJ 2008/7126).

³²¹ STS de 4 de marzo de 2009, Sala de lo Civil, Rec. nº. 99/2009 (RJ 2009/1626).

³²² STS de 10 de marzo de 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº 2492/2005 (RJ 2010/2337).

³²³ STS de 22 de junio de 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº 838/2006 (RJ 2010/5408).

³²⁴ STS de 29 de septiembre de 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1149/2007 (RJ 2010/7152).

³²⁵ STS de 15 de marzo de 2011, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1463/2007 (RJ 2011/3321).

³²⁶ STS de 26 de abril de 2002, Sala de lo Civil, Rec. nº. 4429/1998 (RJ 2002/5244). Fundamento de Derecho V:

“Como es sabido el Contrato de Concesión o Distribución, se contempla en el Reglamento de la Comisión -CE- núm. 1475-95 de 28 de junio de 1995, aplicable desde el 1-10- 1995 al 30-9-2002 (precedente del Reglamento 123/1985. S. 12-6-1999). Se trata, pues, de "acuerdos de duración determinada o indeterminada mediante los cuales el contratante proveedor encarga al contratante revendedor la tarea de promover en un territorio determinado la distribución y el servicio de venta y de posventa de

Asimismo, el Tribunal Supremo aporta en esta sentencia una definición de los contratos de distribución extraída del considerando primero del Reglamento (CE) nº 1475/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles y cuya validez finalizó (según su artículo 13) el 30 de septiembre de 2002³²⁷, definiendo los contratos de distribución de acuerdo con los siguientes elementos:

- (i). Los contratos de distribución son acuerdos de duración determinada o indeterminada.
- (ii). El proveedor encarga al distribuidor la promoción de unos productos en un determinado territorio.
- (iii). La promoción de los productos por el proveedor es realizada mediante la reventa de los mismos por el distribuidor.

Continúa la referida STS de 26 de abril de 2002 analizando la naturaleza jurídica de los contratos de distribución, considerándolos como contratos atípicos y complejos, que se encuentran formados por diferentes características que lo sitúan en la órbita de contratos tales como el de compra-venta, suministro, mandato o

determinados productos del sector... y mediante los cuales el proveedor se compromete con el distribuidor a no suministrar dentro del territorio convenido los productos contractuales, para su reventa, más que al distribuidor o, en su defecto, a un número limitado de empresas de la red de distribución"

³²⁷ Ver Considerando 1º y artículo 13 del Reglamento (CE) nº 1475/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles.

agencia³²⁸.

Destacamos también la STS de fecha 15 de marzo de 2011, en dicha sentencia, en su fundamento de Derecho IV, el Tribunal Supremo proporciona una definición de los contratos de distribución, una vez más, a los efectos de su diferenciación del contrato de agencia y, por tanto, a efectos de poder determinar la posible aplicación analógica de la indemnización por clientela prevista en el artículo 28 de la LCA³²⁹.

Como podemos comprobar de la definición proporcionada por el Tribunal Supremo en la STS de 15 de marzo de 2011, el tribunal ha mantenido como nota característica a la hora de diferenciar el contrato de agencia de los contratos de distribución la finalidad de cada uno de los contratos, esto es, mientras que en la distribución el distribuidor compra para luego revender, en la agencia el agente no compra sino que únicamente promueve –negociación continuada- la venta por parte del

³²⁸ STS de 26 de abril de 2002, Sala de lo Civil, Rec. nº. 4429/1998 (RJ 2002/5244). Fundamento de Derecho IV:

“... contrato complejo con prestaciones coaligadas propias en su acervo contractual de la compraventa o de suministro, del mandato, del depósito, de la gestión de rendición de cuenta o de resultados, de cooperación, del pacto de exclusiva como prestación significativa, e, incluso, del contrato de comisión mercantil subsidiaria, siendo sus caracteres específicos con su correspondiente cobertura normativa en el Código Civil y Código de Comercio, los relativos en todo contrato personalista o de confianza "intuitu personae" (art. 1161) y de tracto sucesivo, en el que privan el juego de la buena fe o lealtad contractual. (art. 1258), el mantenimiento del equilibrio prescional o equivalencia económica (arts. 1256, 1274, y 1289), la libertad contractual, el respeto a lo pactado y al "ius variandi" insito. (arts. 1255 y 1278), la acomodación durante el tracto al "statu quo" pactado, el reajuste prestacional. (arts. 1255 y 1258) y el principio de confianza habilitante de la resolución unilateral. Sus efectos. (arts. 1719, 1720, 1728, 1733 y 1736). (arts. 1700, 1705, y 1707)”.

³²⁹ STS de 15 de marzo de 2011, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1463/2007 (RJ 2011/3321). Fundamento de Derecho IV, en el cual el Tribunal Supremo declara *“el distribuidor compra y revende las mercancías del fabricante por cuenta y en nombre propios, con la ganancia que representa el llamado margen o beneficio comercial, el agente promueve y, en su caso, concluye la venta de los productos del empresario, por cuenta y en nombre del mismo, a cambio de una comisión”*

fabricante a cambio de una comisión. Esta afirmación la podemos ver tanto en la STS de fecha 8 de noviembre de 1995³³⁰, como en la STS de 26 de abril de 2002³³¹, como en la STS de 15 de marzo de 2011³³² antes analizadas.

Por otro lado, el elemento de la independencia del distribuidor como elemento diferenciador de los contratos de distribución del contrato de agencia ha sido también recogido por nuestro Tribunal Supremo en la STS de 8 de noviembre de 1995 antes comentada, en dicha sentencia, el Tribunal Supremo a resultas del estudio de un contrato de concesión comercial y la posible aplicación analógica de la indemnización por clientela prevista en la LCA señala que cuando el concesionario no puede organizar su actividad profesional conforme a sus propios criterios entonces la concesión es agencia³³³.

Como vemos, el Tribunal Supremo considera que la independencia, entendida con matices -puesto que el agente es independiente del empresario principal también, pero el distribuidor lo es respecto de la operación en sí (la reventa), es un elemento diferenciador importante entre el contrato de agencia y el contrato de distribución, sin embargo, esta separación no ha impedido que nuestra jurisprudencia aplique analógicamente a los distribuidores algunas de las medidas de protección que se aplican a los agentes conforme a lo previsto en la LCA, entre otras cuestiones, la ya mencionada indemnización por clientela que prevé dicha ley y que ha previsto el

³³⁰ STS de 8 de noviembre de 1995, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1315/1992 (RJ1995/8637).

³³¹ STS de 26 de abril de 2002, Sala de lo Civil, Rec. nº. 4429/1998 (RJ 2002/5244).

³³² STS de 15 de marzo de 2011, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1463/2007 (RJ 2011/3321).

³³³ STS de 8 de noviembre de 1995, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1315/1992 (RJ1995/8637). Fundamento de Derecho II.

artículo 545-23 de la PALCM³³⁴.

Visto lo anterior, podemos determinar que la delimitación conceptual que el Tribunal Supremo realiza del concepto de los contrato de distribución es escasa, sin embargo, ello no ha impedido que se haya podido crear un criterio jurisprudencial a la hora de delimitar el concepto así como para diferenciarlo del contrato de agencia, cuestión, que, como hemos visto, es la que provoca que el Tribunal Supremo entre a definir el concepto de los contratos de distribución y, más concretamente los efectos de la extinción de los mismos y la aplicación analógica o no de la indemnización por clientela prevista en el artículo 28 de la LCA.

Por tanto, una vez expuesta la anterior jurisprudencia podemos concluir que nuestro Tribunal Supremo opta por un concepto de los contratos de distribución de carácter restringido, diferenciándolo claramente del contrato de agencia y de los restantes

³³⁴ Artículo 545-23. Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 545-23. Compensación por clientela.

1. Al término del contrato de distribución, el proveedor no estará obligado a compensar al distribuidor por la clientela que éste hubiera podido generar durante la relación contractual.

2. Excepcionalmente, el distribuidor tendrá derecho a una compensación cuando sea equitativamente procedente y pruebe la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes: a) Que por las características del contrato suscrito, la actividad desarrollada y el exclusivo esfuerzo del distribuidor se haya incrementado de manera sustancial el tipo de operaciones o el número de clientes y sea razonable presumir que el proveedor puede seguir obteniendo ventajas sustanciales de esta clientela; b) Que el distribuidor haya facilitado al proveedor un listado de clientes que genera al proveedor una ventaja competitiva; c) Que exista un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato, no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor.

El pacto de no competencia se limitará a los bienes y servicios, canales de comercialización y área territorial determinados en el contrato y no podrá tener una duración superior a un año.”

contratos de colaboración.

2. Naturaleza jurídica de los Contratos de Distribución.

Tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia han estudiado la naturaleza jurídica de los contratos de distribución sin que hasta la fecha se haya fijado un criterio definitivo, entre otros, dada la existencia de distintos posicionamientos sobre el alcance del concepto de contratos de distribución así como la existencia de diversos tipos contractuales que conforman el concepto de contratos de distribución³³⁵.

En lo que a nuestra jurisprudencia se refiere, ésta ha abordado la naturaleza jurídica de los contratos de distribución en varias ocasiones, un ejemplo lo podemos encontrar en la ya mencionada STS de fecha 26 de abril de 2002³³⁶, en la cual se afirma que el contrato de distribución es un contrato complejo con prestaciones propias de la compraventa, suministro, del mandato, del depósito, de la gestión de rendición de cuenta o de resultados, de cooperación, del pacto de exclusiva e incluso del contrato de comisión mercantil subsidiaria.

Junto con el análisis de la naturaleza jurídica del contrato de distribución que realiza el Tribunal Supremo, nuestra doctrina contempla varios posicionamientos jurídicos respecto de la naturaleza jurídica de los contratos de distribución y los cuales se

³³⁵ SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *Instituciones de Derecho Mercantil. Vol. II*. Ed. Thomson Reuters, Navarra 2011, pág. 247

³³⁶ STS de 26 de abril de 2002, Sala de lo Civil, Rec. nº. 4429/1998 (RJ 2002/5244). Fundamento de Derecho nº IV.

resumen en los siguientes³³⁷.

2.1 Contrato de compraventa con exclusiva.

La primera de las aproximaciones a la naturaleza jurídica de los contratos de distribución la vemos en la posible cercanía al contrato de compraventa en exclusiva, en este sentido, en ocasiones se ha incluido al contrato de distribución en un tipo especial de compraventa puesto que en el contrato de distribución se produce un intercambio de bienes a cambio de un precio, o lo que es lo mismo, una compraventa de bienes.

No obstante, la exclusividad es una condición que no siempre tiene por qué cumplirse en el ámbito de los contratos de distribución pues su inclusión o no dependerá de lo que pacten el proveedor y el distribuidor.

Asimismo, esta posición tampoco resultaría acertada en la medida en que el contrato de compraventa se configura como un contrato de intercambio (bien a cambio de precio), mientras que el contrato de distribución se configura como un contrato de colaboración entre las partes³³⁸.

Adicionalmente, existe un elemento fundamental que diferencia a ambos tipos contractuales, esto es, la duración, pues mientras que en el contrato de distribución

³³⁷ DIAZ ECHEGARAY, Jose Luis. "El Contrato de Distribución Exclusiva o de Concesión". En: *Contratos Mercantiles*. Dir(s). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, CALZADA CONDE, María Ángeles. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2004, pág. 467.

³³⁸ DIAZ ECHEGARAY, Jose Luis. "El Contrato de Distribución Exclusiva o de Concesión". En: *Contratos Mercantiles*. Dir(s). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, CALZADA CONDE, María Ángeles. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2004, pág. 467.

ambas partes pretenden mantener una relación duradera en el tiempo, ya sea determinada o indeterminada, no ocurre lo mismo en el contrato de compraventa, en el cual no existe una relación duradera entre comprador y vendedor.

2.2 Contrato de suministro.

Otra de las figuras jurídicas con una relevante aproximación a los contratos de distribución la encontramos en el contrato de suministro con y sin exclusiva, en este sentido, el contrato de suministro se configura como un contrato en virtud del cual dos personas, suministrador y suministrado, acuerdan la entrega periódica o continuada de mercancías u otra clase de bienes o servicios a cambio del pago de un precio³³⁹.

Al igual que el contrato de distribución, el contrato de suministro se caracteriza por ser un contrato de duración, esto es, el suministrador y el suministrado con la firma del contrato de suministro mantendrán una relación duradera en el tiempo hasta su resolución. Asimismo, en el contrato de suministro se produce el intercambio de bienes a cambio de un precio, de ahí que podamos subsumir el contrato de distribución en la órbita del contrato de suministro.

Como ya advertimos en el apartado anterior al respecto de la posible aproximación de los contratos de distribución al contrato de compraventa, tampoco resultaría acertado aproximar los contratos de distribución al contrato de suministro en la medida en que el contrato de suministro no se configura como un contrato de

³³⁹ MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge. “Consideraciones sobre el Contrato de Suministro. A propósito del laudo arbitral de Barcelona de 5 de Enero de 2001.” *Anuario de Justicia Alternativa*. Nº. 2, Febrero 2001, págs. 183-189.

colaboración entre empresarios, sino que se trata de un contrato de intercambio³⁴⁰.

No obstante, pese a las semejanzas entre una figura y otra, la diferencia entre el suministro y la distribución estriba en la finalidad de ambos contratos. Así, mientras que en el contrato de suministro el suministrado adquiere los productos bien para su utilización en la fabricación o transformación en otros productos o bien para su consumo final, en el contrato de distribución, el distribuidor adquiere los productos con la finalidad de revenderlos. Como consecuencia de ello, no es posible calificar al contrato de suministro como un contrato mercantil en cualquier supuesto, pues en función de la condición de las partes y la finalidad de la adquisición podrá calificarse el contrato como civil o mercantil³⁴¹, cuestión que en los contratos de distribución no ocurre, pues en cualquier caso los contratos de distribución, tal y como veremos con posterioridad a la hora de analizar sus características, son contratos eminentemente mercantiles al ser suscritos siempre entre empresarios.

2.3 Contrato mixto de compraventa y arrendamiento de servicios.

Otra figura jurídica a la que se ha aproximado a los contratos de distribución es el contrato mixto de compraventa y arrendamiento de servicios³⁴². En este tipo de contratos, al igual que en todo tipo de contratos mixtos, se conjugan dos figuras contractuales distintas, por un lado, la compraventa de bienes y, por el otro, el

³⁴⁰ DIAZ ECHEGARAY, Jose Luis. “El Contrato de Distribución Exclusiva o de Concesión”. En: *Contratos Mercantiles*. Dir(s). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, CALZADA CONDE, María Ángeles. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2004, pág. 467.

³⁴¹ MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge. “Consideraciones sobre el Contrato de Suministro. A propósito del laudo arbitral de Barcelona de 5 de Enero de 2001.” *Anuario de Justicia Alternativa*. Nº. 2, Febrero 2001, págs. 183-189.

³⁴² SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Vol. II. Ed. Thomson Reuters, Navarra 2011, pág. 247.

arrendamiento de servicios por parte del propio vendedor.

En el ámbito de este tipo de contratos nos encontramos habitualmente con contratos de compraventa de bienes de equipo y en los cuales en el marco de dicha compraventa se incluye por lo general y con carácter accesorio la prestación de algún tipo de servicio de asistencia técnica.

Al igual que ocurre con el contrato de compraventa con exclusiva, en el contrato mixto de compraventa y arrendamiento de servicios no estamos ante un contrato de carácter colaborativo entre empresarios, aspecto que sí se produce en los contratos de distribución, ni tampoco la finalidad del contrato mixto de compraventa con arrendamiento de servicios es la misma que en la distribución, pues el comprador no tiene como finalidad distribuir los productos adquiridos sino hacer uso de ellos³⁴³.

2.4 Contrato mixto de compraventa y agencia.

Finalmente, la doctrina también relaciona la figura de los contratos de distribución a un contrato mixto de compraventa y agencia³⁴⁴, aproximación que resulta incorrecta en la medida en que ambas figuras, la compraventa y la agencia, contienen características que las alejan de los contratos de distribución.

Así, en lo que respecta a la compraventa, ya hemos advertido que ésta se configura

³⁴³ DIAZ ECHEGARAY, Jose Luis. “El Contrato de Distribución Exclusiva o de Concesión”. En: *Contratos Mercantiles*. Dir(s). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, CALZADA CONDE, María Ángeles. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2004, pág. 467.

³⁴⁴ SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *Instituciones de Derecho Mercantil. Vol. II*. Ed. Thomson Reuters, Navarra 2011, pág. 247.

como un contrato de intercambio, no de colaboración como se caracteriza el contrato de distribución, y, asimismo, la compraventa carece de la característica de la duración.

En lo que respecta a su cercanía con el contrato de agencia, ya hemos hablado de sus diferencias con la distribución a la hora de explicar el concepto restringido de los contratos de distribución³⁴⁵, concluyendo que la diferencia básica entre ambos contratos consiste en su objeto distinto; mientras que la agencia tiene por objeto la promoción de operaciones comerciales ajenas, la distribución tiene por finalidad el comprar para posteriormente revender, esto es, la existencia de independencia y asunción del riesgo en operaciones comerciales que asume el distribuidor, mientras que el agente no asume dicho riesgo.

2.5 Contrato *sui generis* y atípico.

La posición más acertada es la de considerar a los contratos de distribución como contratos *sui generis*, esto es, contratos con entidad propia e independiente de otras figuras contractuales. Esto implica definir a los contratos de distribución como contratos atípicos en la medida en que no cuentan con una norma expresa que los

³⁴⁵ Traemos a colación los estudios realizados por DOMÍNGUEZ GARCÍA y el comentario que realiza BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO a la STS de 8 de noviembre de 1995 y en los cuales ambos autores ahondan en el concepto de los contratos de distribución y su diferenciación del contrato de agencia.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Los Contratos de Distribución. Propuesta de construcción unitaria”. *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*. Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, 1984-85, págs. 475 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1995”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 1996, N.º. 41, págs. 525-537.

regule³⁴⁶.

Prueba de su atipicidad la vemos a la hora de realizar una comparación con otras figuras contractuales típicas como son la compraventa, el suministro o la agencia, en este sentido, su estabilidad y duración alejan a los contratos de distribución de la compraventa, por otro lado, la actuación independiente del distribuidor a la hora de comprar y revender los productos que adquiere lo alejan también del contrato de agencia y finalmente, la finalidad de compra de los productos que realiza el distribuidor lo alejan del suministro, pues el distribuidor, a diferencia del suministrado, tiene como finalidad la reventa del producto adquirido.

La delimitación de los contratos de distribución plantea dificultades derivadas de su carencia de tipicidad legal al tratarse de contratos nacidos de la propia práctica comercial y que evolucionan y se adaptan conforme avanza dicha práctica comercial, un ejemplo de ello es la adaptación que dichos contratos vienen sufriendo como consecuencia de las nuevas tecnologías y desarrollo de plataformas de venta a distancia³⁴⁷.

En vista de lo anterior y ante la falta de su regulación legal, los contratos de distribución surgen de la autonomía de la voluntad de las partes prevista en el artículo 1.255 del CC; *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”* Y es esa autonomía de la voluntad la que permite a las partes establecer las condiciones y pactos que estimen convenientes a

³⁴⁶ JORDANO BAREA, Juan Bautista. *Los Contratos Atípicos*. Ed. Reus, 1953, pág. 68.

³⁴⁷ PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. *Los Contratos de Distribución Comercial. Problemas de Derecho Internacional Privado en la Comunidad Europea*. Ed. Bosch, Madrid 1999, pág.28.

la hora de regular la relación de distribución que pretenden mantener.

Dado el carácter de atípicos que tienen los contratos de distribución, su interpretación y resolución de conflictos se realiza acudiendo a las siguientes normas de aplicación y que han sido mayoritariamente aceptadas por nuestra doctrina³⁴⁸:

- (i). En primer lugar, deben de juzgarse por analogía a los tipos contractuales más afines.
- (ii). En segundo lugar, por los principios generales de las obligaciones y contratos.
- (iii). En tercer y último lugar, por los principios generales del derecho que dan un amplio margen al arbitrio judicial.

No obstante, las anteriores reglas únicamente serán de aplicación en los supuestos en los que las partes no hayan regulado en el propio contrato de distribución las fórmulas de interpretación y resolución de conflictos.

Junto con la doctrina antes comentada, el Tribunal Supremo establece también diferentes criterios a la hora de interpretar los contratos atípicos, estos criterios,

³⁴⁸ PÉREZ GONZÁLEZ, Blas Y ALGUER, José. *Anotaciones al Derecho de Obligaciones*. “Notas a Enneccerus, Derecho Civil, Parte General, Vol. II”. Madrid 1950, pág. 5.; CHULIÁ VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa. *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos*. Ed. Bosch, Barcelona 1999, págs. 31 y ss.

conforme a la STS de fecha 21 de diciembre de 1963, se resumen en lo siguiente³⁴⁹:

- (i). Aplicación analógica de normas de figuras jurídicas afines.
- (ii). Principios generales de las obligaciones.
- (iii). Costumbre del lugar acudiendo, en su caso, además a los principios generales del derecho, si bien, cuando se trate de actos mercantiles, son igualmente fuentes de aplicación los usos de comercio observados generalmente en cada plaza.
- (iv). Y, en todo caso, las propias estipulaciones pactadas por las partes.

Por tanto, dada la consideración de los contratos de distribución como contratos atípicos, su interpretación a la hora de resolver disputas entre las partes deberá de realizarse acudiendo a las normas sobre interpretación general de los contratos atípicos establecido por nuestro Tribunal Supremo y por nuestra doctrina, tomando en consideración, en todo caso, que estamos ante contratos que surgen de la autonomía de la voluntad de las partes y que por tanto antes de entrar a la aplicación de las normas previstas por nuestra jurisprudencia habrá que estar a lo pactado por

³⁴⁹ STS de 21 de diciembre de 1963, Sala de lo Civil (RJ 1963/5363), la cual establece: “*En la vida del Derecho, aparte los contratos típicos, definidos y regulados por ambos Códigos, existen los llamados contratos atípicos (así como también los mixtos) que en cuanto a su contenido principal y preponderante deben ser juzgados analógicamente por las normas de los contratos típicos más afines y por los principios generales de las obligaciones, acudiendo además, en su caso, a la costumbre del lugar y los principios generales del derecho, si bien, cuando se trate de actos mercantiles, son igualmente fuentes de aplicación los usos de comercio observados generalmente en cada plaza, con la prioridad que a tales usos concede el art. 2. del Código de Comercio, más, en materia contractual, son siempre la base esencial, en cuanto a la obligatoriedad, interpretación, cumplimiento y consecuencias de lo convenido, las propias estipulaciones contractuales al exteriorizar la voluntad de los contratantes, por constituir la Ley del Contrato.*”

las partes.

3. Características de los contratos de distribución.

A pesar de la existencia de diversos tipos de contratos de distribución, todos ellos tienen una serie de características comunes que los diferencian de otros contratos mercantiles, así como de otros contratos de colaboración, como son el contrato de agencia, mediación, corretaje o comisión. A este respecto, la nota esencial que permite agrupar a los contratos de distribución es su función económica como herramientas que favorecen el tráfico de bienes y servicios a través de estructuras económicas independientes pero integradas y duraderas a través de diferentes empresarios³⁵⁰.

En vista de lo anterior, a continuación describimos las características que le son comunes a los diferentes tipos de contratos de distribución.

3.1 Contratos de colaboración.

La primera de las características que destacamos de los contratos de distribución es su configuración como contratos de colaboración, lo que a su vez los subsume en una categoría más amplia en la que se incluyen el contrato de agencia, mediación, corretaje o comisión y que coincide con la clasificación que les otorga la PALCM en el título IV de su Libro quinto “De los Contratos de Colaboración”.

³⁵⁰ ALONSO SOTO, RICARDO. “Los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Curso de Derecho Mercantil Vol. II*. Dir(s). URÍA MERUÉNDANO, Rodrigo, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. Coord. APARICIO GONZÁLEZ, María Luisa. Ed. Civitas, Madrid 2007, pág. 181.

Los contratos de distribución se caracterizan como tales en la medida en que el distribuidor se integra dentro de una red empresarial formada por varios empresarios que se interrelacionan y colaboran entre ellos pese a tener intereses independientes. De esta manera, el distribuidor se configura como un colaborador necesario para la distribución de los productos fabricados por el productor, lo que implica adoptar una actitud de colaboración mutua entre ambas partes.

De este modo, el productor y el distribuidor buscan alcanzar acuerdos duraderos sobre infinidad de materias que les permitan desarrollar sus negocios, ya sea sobre la calidad de los productos, su promoción, intercambios de información, aspectos logísticos e incluso de investigación y desarrollo³⁵¹.

3.2 Contratos de duración.

La duración es una característica esencial de los contratos de distribución que condiciona su estructura y da vida a los intereses de las partes (fabricante y distribuidor) que necesitan de un marco de colaboración prolongado en el tiempo para su ejecución³⁵².

A este respecto, en virtud de los contratos de distribución, el productor y el distribuidor establecen un vínculo de colaboración empresarial estable y duradero

³⁵¹ BUESO GUILLÉN, Pedro. *Contratos de Distribución Comercial, Restricciones Verticales de la Competencia y Regla de Razón: Delimitación Conceptual y Tratamiento en el Derecho Comunitario Europeo*. Tesis Doctoral. Dir. LÓPEZ SÁNCHEZ, Manuel-Ángel. Universidad de Zaragoza, 1999, pág. 162.

³⁵² ENCISO ALONSO-MUÑUMER, MARÍA. “Duración de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 539.

para la comercialización de los productos, regulándose de manera muy desarrollada en los contratos todos aquellos aspectos relevantes relacionados con la duración del contrato, así como con su finalización.

La conclusión de estos contratos se debe, en especial, al interés de cada una de las partes en obtener una estabilidad en la comercialización de sus productos o servicios y en el funcionamiento de su negocio³⁵³.

A diferencia del contrato de compraventa que es de tracto simultáneo y que tiende a extinguir su función principal con su ejecución, en la distribución se sucederán durante un periodo de tiempo diferentes compraventas entre las partes, no produciéndose la finalización del contrato como consecuencia de la venta y pago de los productos sino como consecuencia de la finalización del plazo de duración de dicho contrato estipulado por las partes, salvo que se produzca cualquier evento que dé lugar a la resolución anticipada del contrato prevista en el mismo o como consecuencia de un incumplimiento contractual. En este sentido, los contratos de distribución se engloban dentro de la categoría de contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada o periódica³⁵⁴.

Cabe advertir que duración e integración son dos características estrechamente ligadas ya que la colaboración continuada entre las partes y la coincidencia de

³⁵³ PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. *Los Contratos de Distribución Comercial. Problemas de Derecho Internacional Privado en la Comunidad Europea*. Ed. Bosch, Madrid 1999, pág. 46.

³⁵⁴ DIEZ-PIAZO, LUIS. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, las relaciones obligatorias, tomo II*, Madrid, Año 1996, págs. 322 y ss.

intereses u objetivos requieren el carácter duradero de la relación comercial³⁵⁵.

Con carácter general los contratos de duración no se configuraban como una categoría específica de contratos³⁵⁶, ha sido la doctrina la que los ha categorizado como contraposición a los contratos de ejecución única, tales como la compraventa, que se ejecutan *uno actu* y con ello quedan cumplidos.

La duración de los contratos de distribución cumple una serie de funciones entre las que destaca servir como término de cumplimiento, es decir, la satisfacción de los intereses de las partes ha de ocurrir en un determinado momento, y por otro lado, puede suceder que las partes tengan interés en la satisfacción continuada de una necesidad duradera. Asimismo, el tiempo puede jugar una importante función en la formación del contrato, que requiere una actividad continuada por un cierto tiempo, alcanzando su perfección tras el transcurso del mismo³⁵⁷.

Finalmente, el carácter duradero de los contratos de distribución plantea diversas cuestiones que suelen ser reflejadas en dichos contratos mediante la inclusión de cláusulas contractuales específicas, entre otras³⁵⁸:

- (i). Para prever cualquier conflicto potencial entre la fuerza obligatoria del contrato y el riesgo de que a largo plazo las circunstancias cambien, se

³⁵⁵ PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. *Los Contratos de Distribución Comercial. Problemas de Derecho Internacional Privado en la Comunidad Europea*. Ed. Bosch, Madrid 1999, pág. 47.

³⁵⁶ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, MARÍA. “Duración de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 546.

³⁵⁷ GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 349 y ss.

³⁵⁸ PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. *Los Contratos de Distribución Comercial. Problemas de Derecho Internacional Privado en la Comunidad Europea*. Ed. Bosch, Madrid 1999, pág. 48.

suelen pactar cláusulas de estabilidad tales como cláusulas de revisión del precio de compra de los productos.

- (ii). En caso de haberse pactado en el contrato una duración determinada, es posible prorrogarlo mediante la cláusula de tácita reconducción.
- (iii). Causas de resolución del contrato que permite a las partes resolver anticipadamente el contrato en el supuesto de ocurrir algún evento que modifique las circunstancias iniciales en las que fue otorgado.

3.3 Contratos de confianza.

Los contratos de distribución también se caracterizan por ser contratos basados en la confianza, siendo de gran relevancia las condiciones y circunstancias personales de cada una de las partes que contratan.

La característica de la confianza en los contratos de distribución ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo en diversas sentencias a la hora de caracterizar dicho contrato, a este respecto, destacamos la sentencia de 21 de diciembre de 1992³⁵⁹ que califica al contrato de concesión como un contrato “*intuito personae*”, asimismo, insiste en el carácter “*intuito personae*” de los contratos de distribución la STS de 17 de mayo de 1999³⁶⁰. En el mismo sentido se pronuncia la SAP de

³⁵⁹ STS de fecha 21 de diciembre de 1992, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1605/1990 (RJ 1992/10705), la cual establece:

“como hubiera o no incumplimiento de las obligaciones contractuales es irrelevante a los efectos de dar por terminada una concesión, que por ser contrato “intuito personae” puede darse por finalizado según reiterada mala fe y causando daños”

³⁶⁰ STS de fecha de 17 de mayo de 1999, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2792/1994 (RJ 1999/4046).

Madrid de fecha 7 de marzo de 1998 al señalar que los contratos de distribución se inspiran en la idea de la confianza y colaboración de las partes³⁶¹.

Estamos, por lo tanto, ante contratos en los que las condiciones personales de las partes tienen un especial protagonismo, al igual que la competencia de cada una de ellas en el campo de sus respectivas actividades mercantiles. En este sentido, quien decide distribuir sus productos por medio de distribuidores los selecciona entre comerciantes que cuenten con experiencia y que cuenten con los medios humanos y materiales necesarios para llevar a buen fin la operación de comercio pretendida. Además, también cobra una especial importancia el contar con clientela propia, un prestigio previo y solvencia económica.

Todas esas exigencias personales determinan que el contrato no puede ser, en principio, cedido y, por tanto, los derechos que el contrato atribuye no pueden ser transmitidos a terceros salvo por aquellas cesiones que realicen las partes a empresas de sus respectivos grupos siempre y cuando se hayan previsto tales cesiones en el contrato.

En el caso de que las partes del contrato sean personas jurídicas, las modificaciones en el accionariado que impliquen un cambio de control de la sociedad parte del contrato, así como los cambios en las personas de los administradores o gestores también deberían de ser comunicadas e incluso sometidas a la previa aprobación de

³⁶¹ SAP de Madrid de fecha 7 de marzo de 1998, Sección 10ª (AC 1998/7095), la cual establece:

“en el contrato de distribución exclusiva, atípico e intermedio entre los de mandato y mediación, que se inspira sobre todo en la idea de confianza y colaboración, tan difíciles de separar de la personalidad que las encarna”.

la otra parte, todo ello a los efectos de evitar una cesión indirecta del contrato.

Asimismo, derivado del carácter *intuitu personae*, tampoco se permite delegar la distribución y se limita la subcontratación o designación de sub-distribuidores.

De producirse cualquiera de los anteriores supuestos, es común que se establezca en el contrato que el proveedor o concedente pueda resolverlo, toda vez que se habría roto el vínculo de confianza inicial que dio lugar a la formalización del contrato de distribución.

Resulta evidente el riesgo que el proveedor asume al otorgar al distribuidor la distribución de sus productos ya que la actuación de éste puede afectar a su fama y buen nombre. En efecto, los consumidores atribuirán al proveedor, identificado por la marca utilizada, las quejas que puedan tener respecto de la actuación del distribuidor, por ello, en la generalidad de los contratos el proveedor suele reservarse amplias facultades de dirección y supervisión respecto de la actuación del distribuidor³⁶².

3.4 Contratos mercantiles.

Finalmente, la última de las características comunes de los contratos de distribución a destacar es su carácter mercantil, pues se les considera contratos derivados de

³⁶² DIAZ ECHEGARAY, Jose Luis. “El Contrato de Distribución Exclusiva o de Concesión”. En: *Contratos Mercantiles*. Dir(s). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, CALZADA CONDE, María Ángeles. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2004, pág. 465.

actos de comercio a tenor de lo previsto en el artículo 2 del Cco³⁶³.

La caracterización de los contratos de distribución como contratos mercantiles no es una cuestión puramente terminológica en tanto en cuanto la consideración de éstos como contratos mercantiles o no tiene un impacto muy relevante respecto a las normas que serán aplicables para su interpretación y más teniendo en cuenta su carácter de atípicos.

En este sentido, como es sabido, el artículo 2 del Cco establece que los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados, se regirán por sus normas y a falta de ellas por los usos del comercio y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.

³⁶³ VICENT CHULIÁ, Francisco. “Los contratos empresariales. Compraventa y otros contratos”. En *Introducción al Derecho Mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, págs. 881 a 932.

IV. EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA EN LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL.

1. Relevancia del contrato de distribución exclusiva.

El contrato de distribución exclusiva, también denominado de compra-venta en exclusiva, está contemplado en el art.545-2 a) y b) de la PALCM y supone uno de los tipos contractuales de la distribución más importantes y relevantes en la práctica mercantil.

En virtud del mismo, el distribuidor o, en su caso, el proveedor, o ambos, según el caso, se comprometen a comprar y vender los bienes del proveedor con carácter exclusivo en una zona geográfica determinada. En este sentido, esta modalidad gira en torno a la exclusividad de vender o comprar en una determinada zona geográfica prohibiéndose, adicionalmente, el poder hacer publicidad o captar clientes de otras zonas³⁶⁴.

La modalidad de distribución en régimen de exclusividad es sin lugar a dudas el tipo contractual más utilizado en la distribución y la que mayor impacto e influencia genera tanto en nuestra jurisprudencia como en nuestra doctrina, sobre todo, como ya veremos a continuación, desde el punto de vista del régimen de extinción del contrato, pues es bajo este régimen contractual donde con mayor asiduidad se

³⁶⁴ DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Compra y venta exclusiva. Marca Única”. En: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: Repercusiones en el Derecho Español y en la Práctica Contractual*. Dir. CARBAJO CASCÓN, Fernando. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, Págs. 91-134.; ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 56-73.

producen los requisitos y criterios necesarios para que el distribuidor tenga derecho a la indemnización por clientela.

Sobre la base de lo anterior, en el presente capítulo analizaremos sistemáticamente la regulación prevista en la PALCM aplicable al contrato de distribución exclusiva, así, de manera muy similar a como ya hacían los anteriores intentos normativos del contrato de distribución, esto es, el PLCD y la PCM (vid. Cap. II), la PALCM regula el régimen de los contratos de distribución dividiendo dicho régimen en varias secciones:

- (i). Sección 1ª, de las disposiciones generales, compuesta por los artículos 545-1 (*Noción y mercantilidad*), 545-2 (*Principales contratos de distribución comercial*), 545-3 (*Exclusiones*), 545-4 (*Aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia*)³⁶⁵.
- (ii). Sección 2ª, de la conclusión del contrato, compuesta por los artículos 545-5 (*Formalización por escrito*) y 545-6 (*Información precontractual*).
- (iii). Sección 3ª, del contenido del contrato, compuesta por los artículos 545-7 (*Obligaciones de las partes*), 545-8 (*Obligaciones del proveedor*), 545-9 (*Obligaciones del distribuidor*), 545-10 (*Determinación de los objetivos comerciales y de las inversiones*), 545-11 (*Deterioro de la imagen de marca*), 545-12 (*Actividad publicitaria del distribuidor*), 545-13 (*Cesión*

³⁶⁵ A excepción del análisis del artículo 545-5 referente a la aplicación de la normativa sobre de defensa de la competencia que se realizará en el presente capítulo con ocasión del estudio del régimen de exclusividad, el análisis de los restantes artículos previstos en la Sección 1º ya ha sido realizado en capítulos anteriores del presente trabajo, por lo que no serán incluidos en el estudio que a continuación se realizará, no obstante, por razones de sistemática se ha incluido su identificación en este apartado.

del contrato y nombramiento de colaboradores), y 545-14 (Independencia entre proveedor y distribuidor).

- (iv). Sección 4ª, de las disposiciones especiales para algunas modalidades contractuales, compuesta por los artículos 545-15 (*Concesión y venta en exclusiva*), 545-16 (*Distribución selectiva*) y 545-17 (*Franquicia*).
- (v). Sección 5ª, de la extinción del contrato, compuesta por los artículos 545-18 (*Duración del contrato*), 545-19 (*Extinción del contrato por tiempo indefinido*), 545-20 (*Otros supuestos de extinción*), 545-21 (*Amortización de inversiones específicas*), 545-22 (*Colaboración en la liquidación*) y 545-23 (*Compensación por clientela*).

Finalmente, tal y como ya ha sido expuesto en capítulos anteriores, la regulación que procederemos a analizar es aplicable no sólo al contrato de distribución exclusiva, sino también al resto de tipos contractuales de distribución previstos en la PALCM, por tanto, en este capítulo analizaremos dicha regulación con las especialidades que correspondan para el contrato de distribución exclusiva.

2. Conclusión del Contrato.

A partir del momento en que surge la iniciativa de celebrar un contrato de distribución exclusiva y hasta que éste se perfecciona, deben llevarse a cabo diferentes acciones, concurriendo todas ellas desde la oferta hasta la formalización del contrato y las cuales aparecen reguladas en los artículos 545-5 y 545-6 de la PALCM, además de en las diferentes normas especiales aplicables a las obligaciones y contratos mercantiles reguladas en el Libro IV de dicha propuesta

normativa³⁶⁶.

Aunque lo normal es que el contrato se formalice mediante una oferta y aceptación, también se puede concluir un contrato con la aceptación de la otra parte simplemente con una oferta unilateral o mediante otras fórmulas tales como la intervención de un mediador, en cuyo caso el contrato quedará formalizado cuando los contratantes acepten la propuesta que éste les propone³⁶⁷.

De esta manera, sobre la base de la libertad de pactos propugnada en nuestro artículo 1.255 del CC, siempre y cuando la fórmula de formalización del contrato utilizada por los contratantes no sea contraria a las leyes, a la moral ni al orden público, ésta será válida³⁶⁸.

El contrato de distribución exclusiva se concluye con el consentimiento de las partes y pese a que en la regulación específica que contiene la PALCM no se establece ninguna particularidad al respecto, dicho consentimiento puede ser prestado por varios métodos, incluyéndose entre ellos la forma electrónica tal y

³⁶⁶ SCHULZE, Reiner. “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”. *Textos básicos de Derecho privado europeo*. Ed. Marcial Pons, Madrid 2002, págs. 31-58.; SACRISTÁN BERGIA, Fernando. “Tratos preliminares y contratos de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial*. Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 427-451.

³⁶⁷ Artículo 412-1.2. de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

SCHULZE, Reiner. “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”. *Textos básicos de Derecho privado europeo*. Ed. Marcial Pons, Madrid 2002, págs. 31-58

³⁶⁸ ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 56-73.

como prevé el artículo 421-1 y ss. de la PALCM³⁶⁹.

En cualquier caso, se considera que el contrato se ha celebrado cuando a través de la conducta de las partes se pueda demostrar con suficiente certeza que existe el acuerdo. Por sí solos el silencio o la inacción no presuponen que la otra parte haya aceptado el contenido del contrato ya que, en términos generales, se necesita un consentimiento activo de la aceptación.

2.1 Formalización por escrito.

La formalización por escrito del contrato de distribución exclusiva no es un requisito indispensable para su conclusión de acuerdo con lo establecido en el artículo 545-5 de la PALCM³⁷⁰.

³⁶⁹ Artículo 421-1.y 421-2 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es. Los cuales establecen:

“Artículo 421-1. Electronificación.

La utilización de medios electrónicos en los contratos mercantiles no requiere el previo acuerdo de las partes.

Artículo 421-2. Invitación a hacer ofertas y oferta de contrato.

1. La propuesta de celebrar un contrato efectuada por medio de comunicación electrónica dirigida a una o varias personas indeterminadas o solo accesible por quienes utilicen un sistema de información se considerará una invitación a hacer oferta de contrato.

2. Idéntica consideración tendrá toda propuesta que haga uso de específicas aplicaciones interactivas destinadas a facilitar la realización de pedidos comerciales a través de dichas aplicaciones.”

³⁷⁰ PLANA PALUZIE, Alex. “El contrato de distribución en la propuesta de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 8, diciembre 2013, págs. 67-82.

Artículo 545-5 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General

Que el contrato no se formalice de forma escrita puede derivar en problemas interpretativos acerca del clausulado que lo compone, entre los problemas que se pueden dar en la práctica común nos encontramos, entre otros, con la determinación de los objetivos mínimos de compra, la exigencia de indemnización por clientela o lo relativo a amortización de inversiones.

La exposición de motivos de la ya superada PCM establecía que la regulación de los contratos de distribución exclusiva se había configurado como imperativa para proteger los intereses de las medianas y pequeñas empresas que en la práctica suelen ser los distribuidores, todo ello con la finalidad de evitar posibles abusos de los proveedores³⁷¹. No obstante, dicha exposición de motivos ha sido modificada en la PALCM sin que en la misma se haga referencia a dicho carácter imperativo, a pesar de ello, es evidente que la finalidad de protección del distribuidor no se ha perdido del todo con la actual regulación que de los contratos de distribución exclusiva se

Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es, que expresa:

“Artículo 545-5. Formalización por escrito.

1. Cualquiera de los contratantes podrá exigir, en el momento de la celebración del contrato o con posterioridad, que el contrato y sus modificaciones o adiciones consten por escrito, firmado por todos ellos, y que se le entregue un ejemplar.

2. Sin perjuicio de otras consecuencias derivadas del incumplimiento de ese requerimiento, recaerá sobre el contratante o los contratantes que no accedan a la formalización del contrato por escrito la carga de probar que su contenido difiere de lo dispuesto en este Capítulo.

3. Cuando el contrato se hubiera formalizado por escrito, se estará a su contenido para dilucidar las cuestiones que se planteen sobre su ejecución o cumplimiento, sin admitir más excepciones que las de falsedad o error material en su redacción.”

³⁷¹Exposición de motivos VI-85 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación dependiente del Ministerio de Justicia. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2013. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

contempla en los artículos 545-1 y ss. de la PALCM³⁷².

A diferencia de lo que establecía el artículo 8 del PLCD, ni la PCM, ni la PALCM establecen el carácter obligatorio de la formalización por escrito del contrato de distribución exclusiva³⁷³.

En este sentido, el artículo 545-5 de la PALCM establece como regla general la libertad de forma, reiterándose la posibilidad de que se requiera por parte de cualquiera de los contratantes la forma escrita (párrafo 1); y confirmando, en materia de carga probatoria, una manifestación de enorme relevancia, consistente en que tendrá la carga de probar que lo pactado no difiere de la regulación prevista en la PALCM aquel contratante que no acceda al requerimiento de formalización por escrito de la otra parte.

A la vista de lo anterior, el legislador parece haber tomado una posición intermedia entre la exigencia escrita y la libertad de forma, reforzando la carga probatoria para la parte contratante que no desee o no facilite la formalización escrita. Así, podría incluso considerarse una cierta contradicción o un camino intermedio que puede plantear dudas prácticas. Evidentemente, son múltiples los contenidos e información que deben de enviarse y conocer las partes de forma anticipada antes

³⁷² CRUZ RIVERO, Diego. “La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. El proyecto de Ley de contratos de distribución y la propuesta de Código Mercantil.” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1.262-1.288.

³⁷³ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. “Formación del Contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución.” En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 316.

de llevar a cabo el contrato para que luego no sea necesario plasmar por escrito la forma en que se obligan proveedor y distribuidor. Aunque la oferta y el resto de la documentación a intercambiar por las partes se haya podido realizar por medios que permitan acreditar su veracidad, son sólo parte del trato consensual, no obstante, pueden servir como interpretación del contenido del contrato y vincular a las partes aunque sea de forma parcial³⁷⁴.

Sin embargo, no podemos obviar la común práctica comercial en la cual muy habitualmente los contratantes entran en relaciones de distribución sin haber previamente formalizado contrato alguno. De ahí que tal vez ésta haya sido una de las razones por las cuales finalmente la PALCM optó por evitar la obligatoriedad de la formalización por escrito del contrato de distribución exclusiva, manteniéndose la regla general de libertad de forma en materia de contratos prevista en el artículo 1.278 del CC y en el artículo 51 del Cco, éste último aplicable con carácter general a las obligaciones y contratos mercantiles.

En el caso en que se lleve a término una formalización por escrito de este contrato, ésta serviría sin lugar a dudas para que ambas partes conocieran sus derechos y obligaciones con una mayor precisión. Así mismo, se facilitaría extraordinariamente la interpretación de los términos del contrato, evitando así interpretaciones divergentes sobre su ejecución o cumplimiento. Las únicas excepciones que se pueden manifestar en caso de diferencias entre las partes serían que se trate de cláusulas falsas o que se haya producido algún error material, lo que restringe en la práctica la litigiosidad.

³⁷⁴ SCHULZE, Reiner. “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”. *Textos básicos de Derecho privado europeo*. Ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pág.42.

Por último, en caso de que el contrato de distribución exclusiva se formalice por escrito en varios idiomas y ocurriesen discrepancias interpretativas entre las diferentes versiones de un contrato, se prefiere la versión pactada como original y, en defecto de ella, la que se hubiera utilizado en las negociaciones³⁷⁵.

2.2 Deberes e información precontractual.

La PALCM en su artículo 545-6 establece una serie de deberes que deben llevarse a cabo con anterioridad a la celebración del contrato de distribución exclusiva y que se traducen en la obligación de las partes de suministrarse determinada información.

Los deberes precontractuales se diferencian de las propias obligaciones contractuales asumidas por las partes en virtud del contrato en que deben de cumplirse con anterioridad precisamente a la celebración y entrada en vigor del mismo.

Este tipo de deberes precontractuales ya se encuentran previstos actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, en particular, para el contrato de franquicia, el artículo 62.2 de la LOCM establece que, con una antelación mínima de 20 días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador,

³⁷⁵ Art. 412-5 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia³⁷⁶.

2.2.1 Principios generales de la contratación y deberes específicos aplicables al contrato de distribución en exclusiva.

Como toda relación consensual tendente a la celebración de un contrato, el contrato de distribución exclusiva debe regirse por el precepto del artículo 1.258 del CC, el cual establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Asimismo, el contrato de distribución exclusiva está sometido a los principios generales que rigen toda relación contractual, consistiendo estos principios en la buena fe contractual, la libertad contractual, la no discriminación de las partes y las diferencias entre la contratación civil y mercantil y entre

³⁷⁶ Junto con el artículo 62.2. de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, debemos también de tomar en consideración el artículo 3 del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia, que desarrolla el contenido del referido artículo 62.2 y que de manera similar al artículo 545-6 de la PALCM establece la obligación del franquiciador de suministrar al franquiciado con determinada información y con una antelación mínima de veinte días hábiles.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. "Formación del Contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución." En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 321.

empresarios y consumidores³⁷⁷.

El deber de buena fe contractual, configurado como un estándar de conducta en el ejercicio de sus derechos por parte de los contratantes conforme al artículo 7.1. del CC, debe estar presente tanto en el momento de la celebración del contrato como en los momentos anteriores al mismo, siendo este deber un principio básico aplicable a cualquier tipo de contrato³⁷⁸.

En lo que a la libertad de contratar se refiere, este es un principio autónomo del derecho privado derivado del principio de libertad, pero aplicado a la autonomía de la voluntad de los empresarios y de las relaciones consensuales³⁷⁹. Este principio es entendido en la práctica como libertad de pactos, por lo que debe interpretarse de forma extensiva como la potestad que poseen las partes para establecer qué cláusulas quieren que rijan el contrato de conformidad con el artículo 1.255 del CC³⁸⁰.

³⁷⁷ SCHULZE, Reiner. “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”. *Textos básicos de Derecho privado europeo*. Ed. Marcial Pons, Madrid 2002, págs. 31-58.

³⁷⁸ RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. “Deberes precontractuales de información (A propósito del régimen propuesto en el Proyecto de Ley de contratos de distribución de 29 de junio de 2011)”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, págs. 139-172; SACRISTÁN BERGIA, Fernando. “Tratos preliminares y contratos de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial*. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 449.

³⁷⁹ SCHULZE, Reiner. “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”. *Textos básicos de Derecho privado europeo*. Ed. Marcial Pons, Madrid 2002, págs. 31-32.

³⁸⁰ El art. 411-1.2 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado, establece:

“Las normas de este Código que regulan las obligaciones y los contratos, excepto las relativas a su noción y mercantilidad, tienen carácter dispositivo, salvo que en ellas se establezca expresamente otra cosa.”

Por otro lado, el principio de no discriminación representa una restricción a la libertad de contratar de las partes. Aunque no se puede obligar a nadie a establecer un contrato, sí que las razones por las que no se decide contratar con ésta, así como el trato que se dan cada uno entre los contratantes está regido por este principio³⁸¹. En este sentido, el TJUE en su sentencia de 6 de diciembre de 2017, estableció que un sistema de distribución selectiva de productos de lujo que pretende preservar su imagen a la hora de seleccionar distribuidores puede hacerlo mediante el establecimiento de determinados criterios, siempre y cuando los mismos sean objetivos, se establezcan de manera uniforme respecto de todos los distribuidores y su aplicación no se realice de manera discriminatoria³⁸².

Asimismo, en lo que al trato con consumidores se refiere, el artículo 16.1. de la Ley de Competencia Desleal reputa como desleal aquel tratamiento discriminatorio con el consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta, salvo que medie causa justificada³⁸³.

³⁸¹ SCHULZE, Reiner. “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”. *Textos básicos de Derecho privado europeo*. Ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pág.32.

³⁸² STJUE de 6 de diciembre de 2017, (C-230/2016), Coty Germany GmbH y Parfümerie Akzente GmbH, que establece: “36 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que un sistema de distribución selectiva de productos de lujo dirigido, con carácter principal, a preservar la imagen de lujo de dichos productos es conforme con dicha disposición, si la elección de los revendedores se hace en función de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos de modo uniforme respecto a todos los revendedores potenciales y aplicados de forma no discriminatoria, y si los criterios exigidos no van más allá de lo necesario.”

³⁸³ En el mismo sentido, el artículo 322-14.1 de la PALCM recoge como acto desleal la discriminación en el trato a los consumidores:

“Artículo 322-14. Discriminación y dependencia económica.

En último lugar hay que recordar que, aunque la PALCM crea un contenido propio y especializado, entre sus normas hay principios también reconocidos en la legislación civil puesto que se ha de tener una coherencia sistemática que permita la aplicación unitaria de toda la legislación española. Además de que la característica e inclusión como contrato mercantil no las excluye de regirse por algunas normas y principios del ámbito civil.

2.2.2 Información y deberes precontractuales.

Tal y como ya expusimos, el artículo 545-6 de la PALCM regula los deberes precontractuales que deben de cumplirse con anterioridad a la celebración (y entrada en vigor) del contrato de distribución exclusiva y que en términos generales consisten en la obligación de las partes de suministrarse determinada información³⁸⁴.

De acuerdo a la exposición de motivos de la ya superada PCM, estos deberes precontractuales se establecían para beneficiar a la parte más débil³⁸⁵. De esta manera, la información que las partes deben entregarse se basa en el

1. El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada.”

³⁸⁴ SACRISTÁN BERGIA, Fernando. “Tratos preliminares y contratos de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial*. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 430.

³⁸⁵ Apartado VI 85 de la exposición de motivos de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación dependiente del Ministerio de Justicia. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2013, el cual establece:

“Más novedosa es la regulación de los contratos de distribución que contiene una normativa básica sobre conclusión del contrato, la cual se ha configurado como imperativa para favorecer a la parte más débil de la relación contractual, que suele ser el distribuidor o comercializador, especialmente cuando se trata de las pequeñas y medianas empresas”.

deber fundamental de buena fe para evitar desequilibrios entre las mismas puesto que con ello se garantiza un consentimiento adecuado al caso concreto³⁸⁶. Así, nuestra doctrina entiende que de la buena fe no deriva necesariamente que en todos los contratos deba establecerse una fase de negociación previa, sino que las partes deben suministrarse aquella información necesaria para que la otra parte pueda formar su consentimiento de manera adecuada y por lo que el silencio, la reticencia o el engaño podrían dar lugar a la invalidación de dicho consentimiento³⁸⁷.

En cualquier caso, la iniciativa para realizar un contrato de distribución en exclusiva puede surgir de ambas partes, tanto del futuro distribuidor como del proveedor, siendo ésta una de las fases más importantes de la elaboración del contrato³⁸⁸.

Así, de forma previa ambas partes deberán mantener un contacto inicial en el que se entregue la información necesaria para tener conocimientos

³⁸⁶ CRUZ RIVERO, Diego. “La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. El proyecto de Ley de contratos de distribución y la propuesta de Código Mercantil.” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1.262-1.288.

³⁸⁷ RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. “Deberes precontractuales de información (A propósito del régimen propuesto en el Proyecto de Ley de contratos de distribución de 29 de junio de 2011)”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, pág. 143.

³⁸⁸ ALONSO SOTO, Ricardo. “Los Contratos de Distribución Comercial en la Propuesta de Código Mercantil.” *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*. Nº 14, Ed. La Ley, Madrid 2014, págs. 13-24.

suficientes³⁸⁹, pudiendo llevarse a cabo ésta entrega de la forma que más convenga a las partes, ya sea bien por correo electrónico, fax o incluso materialmente en soporte papel (en mano)³⁹⁰.

En el caso de que la contratación se realice por medios electrónicos, la PALCM establece una serie de requisitos especiales frente a la contratación mediante medios ordinarios³⁹¹. Esta regulación tiene desde luego en cuenta el actual artículo 54 Cco, así como la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico³⁹², de hecho, en la Exposición de Motivos V-7 de la PALCM se explica que en el Capítulo I, del Título II, del Libro Cuarto, se regula la contratación electrónica, habiéndose considerado que las normas que en él se contienen no son nuevas, sino que en parte son “el resultado de la recopilación, mejora y puesta al día de disposiciones que se encontraban dispersas en el ordenamiento español”. En particular, se consideran los principios en la

³⁸⁹ CRUZ RIVERO, Diego. “La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. El proyecto de Ley de contratos de distribución y la propuesta de Código Mercantil.” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1.262-1.288; ALONSO SOTO, Ricardo. “Los Contratos de Distribución Comercial en la Propuesta de Código Mercantil.” *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*. Nº 14, Ed. La Ley, Madrid 2014, págs. 13-24.; SACRISTÁN BERGIA, Fernando. “Tratos preliminares y contratos de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial*. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 449.

³⁹⁰ SACRISTÁN BERGIA, Fernando. “Tratos preliminares y contratos de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial*. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 718.

³⁹¹ Art. 421-1 y ss. de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

³⁹² ARROYO APARICIO, Alicia. *Los Contratos a Distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2003, pág. 215.

materia (equivalencia funcional, neutralidad tecnológica, inalteración del Derecho preexistente, libertad de pacto y la buena fe). Y, sobre todo, se consideran no solo las Directivas ya incorporadas sobre la materia, sino las recomendaciones de CNUDMI/UNCITRAL sobre contratación y firmas electrónicas de 1996 y 2001 respectivamente. Cuestión distinta sería el régimen de los contratos a distancia con consumidores, que gozan de una regulación específica³⁹³.

En concreto, en cuanto a las normas previstas en la PALCM, la información electrónica se entiende emitida desde el momento en que sale del sistema de información en que se encuentre, es decir, desde el momento en que sale de la esfera de control del empresario emisor o desde que la envía el tercero que la posee en nombre del empresario emisor³⁹⁴.

En el caso de las comunicaciones electrónicas, la llegada de una comunicación a su destinatario se entiende efectuada desde el momento en

³⁹³ Sobre la regulación de los contratos a distancia con consumidores, su régimen primero en la LOCM y actualmente integrado en el TRLGDCU ver: ARROYO APARICIO, Alicia. “Compraventa a distancia celebrada con consumidores”. En: *Contratos Mercantiles*. Dir(s). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, CALZADA CONDE, María Ángeles. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2007, págs. 149-194.

³⁹⁴ Artículo 421-3 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es, el cual establece:

“Artículo 421-3. *Emisión de la comunicación electrónica.*

1. *Toda comunicación electrónica se tendrá por emitida en el momento en que salga de un sistema de información que se halle en la esfera de control de su emisor o de quien la envió en nombre de éste.*
2. *En caso de que la declaración no deba salir de un sistema de información bajo el control de su emisor o de quien la envió en nombre de éste se considerará expedida en el momento de su llegada al destinatario.*
3. *A los efectos del presente Código, por sistema de información se entenderá todo sistema que sirva para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma comunicaciones electrónicas.”*

que el destinatario acceda al sistema de información que se haya asignado. En el caso de que no se haya designado un sistema de información, se interpreta que la información ha llegado al destino cuando el emisor hubiera tenido conocimiento de que a pesar de no haber podido acceder al sistema el destinatario pueda haberla obtenido. Se presume que la comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario desde el momento en que llega a una dirección electrónica de éste³⁹⁵.

El emisor de toda comunicación electrónica puede solicitar al destinatario un acuse de recibo de la comunicación, obligación que la otra parte deberá realizar sin demora una vez tenga conocimiento de la información que le ha sido entregada.

En cualquier caso, la propuesta de celebrar un contrato mercantil comunicada al futuro proveedor o distribuidor por el medio que fuere constituye una oferta e indica la intención de quedar obligado en el caso de aceptación de la misma.

La información que se debe entregar con anterioridad a la celebración del contrato viene establecida de forma genérica y sin detallar lo suficientemente en la PALCM. Siendo el contenido mínimo que ambas

³⁹⁵ Art.421-5 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es. El cual establece:

“Artículo 421-5. Acuse de recibo.

El emisor de toda comunicación electrónica podrá solicitar de su destinatario acuse de recibo de la comunicación y éste habrá de ser efectuado por el destinatario sin demora en virtud de la solicitud efectuada.”

partes deben conocer el siguiente: a) La identificación de los contratantes y los datos económicos y jurídicos de sus establecimientos mercantiles; b) Las características de la actividad de distribución, titularidad de los signos distintivos y estructura y extensión de la red de distribución en España; c) Los elementos y contenido esenciales del contrato y, en particular, los derechos y obligaciones de las partes, los pactos de exclusividad, las restricciones impuestas a la actividad del distribuidor, la duración del contrato, las causas y condiciones de resolución y los efectos de la extinción del contrato³⁹⁶. Esta información deberá de estar fundada y ser veraz y no engañosa, no siendo necesario que comprenda la relación pormenorizada de clientes ni las condiciones comerciales aplicables a cada uno de ellos³⁹⁷.

Nuestra doctrina entiende que, a falta de una regulación más detallada, se debe de confeccionar un dossier mínimo de elementos informativos para dar por cumplidos los deberes informativos precontractuales³⁹⁸.

³⁹⁶ Art. 545-6. 1 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

³⁹⁷ Art. 545-6. 2 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

³⁹⁸ Este dossier informativo debe de contener según CALAVIA MOLINERO como mínimo lo siguiente:

- *“Dossier Informativo:*
 - o *Identificación de los contratantes, datos económicos y jurídicos.*
 - o *Características de la actividad de distribución, titularidad de los signos distintivos, estructura y extensión de la red.*
- *Manual de Imagen Corporativa/ Signos distintivos. Código de Conducta.*

El conocimiento de estos elementos de manera anticipada interesa a ambas partes, al proveedor le interesa conocer de manera anticipada las características o potencial del distribuidor para una correcta selección del mismo de acuerdo a sus intereses, la zona a trabajar o si se reúne los requisitos para ingresar en su red. Y, respecto al distribuidor, le interesa conocer las características y condiciones de la empresa para saber qué productos o servicios va a distribuir.

En el caso de que el contrato de distribución exclusiva establezca alguna cláusula en la que se deba incorporar a una red o que mediante el pago de una cantidad dineraria se reserve la exclusividad de una zona geográfica concreta, esta información deberá ser facilitada con anterioridad a la conclusión del contrato³⁹⁹.

Por otro lado, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 545-6.5 de

-
- *Manual Operativo o de Explotación (aprovechamiento, gestión, modelos de software, venta, forma de prestar el servicio, etc.)*
 - *Manual de formación.*
 - *Dossier jurídico.*
 - o *Carta de confidencialidad sobre la información precontractual.*
 - o *Precontrato (propuesta).*
 - o *Contrato (propuesta)."*

CALAVIA MOLINERO, José Manuel. "El contrato de distribución en exclusiva". En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 72.

³⁹⁹ CRUZ RIVERO, Diego. "La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. El proyecto de Ley de contratos de distribución y la propuesta de Código Mercantil." En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 1.262-1.288.

la PALCM, en el caso de que no se llegase a celebrar el contrato, la parte que no hubiese cumplido con los deberes de información contenidos en el artículo 545-6 deberá responder de los daños y perjuicios causados a la otra parte producidos por el incumplimiento⁴⁰⁰. La buena fe de las partes se entenderá quebrantada cuando alguna de las partes haya silenciado o deformado la información a sabiendas o debiendo saber que de haberlo conocido la otra parte, ésta no habría prestado su consentimiento⁴⁰¹. No obstante, siempre cabe la prueba en contrario de todas estas alegaciones.

Las partes pueden fijar una cuantía concreta y suficiente que desincentive los incumplimientos, añadiendo cláusulas penales al respecto y sin perjuicio de la facultad del juez para moderarla en base al art. 1.154 del CC⁴⁰².

Se pueden formalizar también las denominadas cartas de intenciones o los denominados M.O.U. (por sus siglas en inglés, *Memorandum of Understanding*), que tienen como finalidad sentar las bases iniciales de la negociación estableciendo cláusulas y condiciones en virtud de las cuales se

⁴⁰⁰ JARNE MUÑOZ, PABLO. La responsabilidad precontractual en el sector de la Distribución comercial. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 13, 2013, Sección Estudios, págs. 51-80.

Art. 545-6. 5 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

⁴⁰¹ RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. “Deberes precontractuales de información (A propósito del régimen propuesto en el Proyecto de Ley de contratos de distribución de 29 de junio de 2011)”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, pág. 140.

⁴⁰² PLANA PALUZIE, Alex. “El contrato de distribución en la propuesta de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 8, diciembre 2013, págs. 67-82.

llevarán cabo las negociaciones entre las partes⁴⁰³.

Ambas partes pueden establecer que estas cartas de intenciones se completen por fases o por diferentes etapas o por un periodo de negociaciones determinado en el que se llegue a un acuerdo parcial sobre el contrato global⁴⁰⁴, y que después de pasado ese tiempo o fase, renegociar una nueva o abandonar las negociaciones.

Finalmente, el derecho a la información veraz y el deber de confidencialidad de la información puede infringirse dependiendo de la información enviada e incumplida, atendiendo a la posible revelación de información en materia de derechos de propiedad industrial, clientes, proveedores, precios de mercado y de venta, promociones y estrategias comerciales, sectores incluidos o excluidos, entre otros. La transcendencia del incumpliendo puede ser de forma intencionada o no⁴⁰⁵.

Así, nuestra doctrina entiende que por el hecho de iniciar una negociación o conversación para la suscripción de un contrato no se puede otorgar a estas

⁴⁰³ SACRISTÁN BERGIA, Fernando. “Tratos preliminares y contratos de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial*. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 432.; PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. “Formación del Contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución.” En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 314.

⁴⁰⁴ SACRISTÁN BERGIA, Fernando. “Tratos preliminares y contratos de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial*. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 432.

⁴⁰⁵ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. “Formación del Contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución.” En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 331.

actuaciones el carácter de compromiso contractual, pues lo que surge entre las partes es un denominado “contacto social”, que les permitiría avanzar hasta un futuro entendimiento⁴⁰⁶.

Para que se responda por dicho contacto social o tratativas previas se deberían de cumplir con una serie de requisitos⁴⁰⁷:

- (i). Una razonable situación de confianza respecto de la celebración del contrato.
- (ii). Romper la conversación de manera injustificada.
- (iii). Que se produzca un daño real y efectivo. Hay autores que consideran que dicho daño debe cuantificarse en términos económicos.
- (iv). Debe haber una relación de causalidad entre la ruptura de los tratos y el daño producido.

3. Contenido.

El contenido del contrato de distribución exclusiva se encuentra regulado en los

⁴⁰⁶ SACRISTÁN BERGIA, Fernando. “Tratos preliminares y contratos de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial*. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 432. El cual establece:

“el hecho de iniciar una conversación en el marco de la celebración de un contrato no otorga a estas el carácter contractual, pero entre las partes surge el “contacto social”, como el hecho de ponerse en contacto dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato, establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de reciproca confianza que no debe ser defraudado pues una y otra se deben un mínimo de lealtad.”

⁴⁰⁷ SACRISTÁN BERGIA, Fernando. “Tratos preliminares y contratos de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial*. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 432.

artículos 545-7 a 545-14 de la PALCM, en los cuales se establece el régimen general de obligaciones que les son exigibles a cada una de las partes del contrato de distribución exclusiva.

En términos generales el contenido de un contrato de distribución en exclusiva consiste en una serie de obligaciones sinalagmáticas entre el proveedor y el distribuidor, de forma que el proveedor se obliga a proporcionar al distribuidor los bienes y servicios objeto de la distribución en exclusiva, mientras que el distribuidor se obliga a promocionar y comercializar dichos bienes y servicios dentro del ámbito geográfico preestablecido.

Las obligaciones del contrato de distribución exclusiva consisten en dar, hacer o no hacer, de tal manera que cualquier contrato de distribución exclusiva obliga a las partes (*pacta sunt servanda*) a estar a sus términos literales de conformidad con lo previsto en el artículo 1.991 del CC. Asimismo, las partes están sometidas a cuantas exigencias se deriven de la buena fe, el uso y la ley, tal y como establece el artículo 1.258 del CC⁴⁰⁸, debiendo colaborar mutuamente una con otra de forma razonable para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones⁴⁰⁹.

En este sentido, el artículo 545-7 de la PALCM establece la obligación genérica de las partes de observar en sus recíprocas relaciones la máxima lealtad y buena fe, debiendo colaborar mutuamente para lograr la amplia difusión en el mercado de los

⁴⁰⁸ MARÍN CASTÁN, Francisco. “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los contratos de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 15-32.

⁴⁰⁹ CRUZ RIVERO, Diego. “La tipificación de los contratos de distribución. Un comentario a las últimas propuestas de regulación”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N° 15, segundo semestre 2014, pág. 83-106.

bienes y servicios objeto del contrato de distribución exclusiva.

En la práctica, el contrato debe ser la plasmación de las negociaciones mantenidas entre las partes previa a la conclusión del mismo y de conformidad con la información precontractual que ambas partes se hayan suministrado con anterioridad a la conclusión del mismo, siendo su contenido mínimo el suministrado en el dossier informativo con las modificaciones que las partes hayan establecido⁴¹⁰, debiendo dicho contenido mínimo consistir en:

- (i). Identificación de los contratantes, datos económicos y jurídicos.
- (ii). Características de la actividad de distribución, titularidad de los signos distintivos, estructura y extensión de la red.
- (iii). Manual de imagen corporativa / signos distintivos. Código de conducta.
- (iv). Manual operativo o de explotación (aprovechamiento, gestión, modelos de software, venta, forma de prestar el servicio, etc.).
- (v). Manual de formación.
- (vi). Dossier jurídico, (resolución de problemas, confidencialidad, protección de datos, etc).

Las partes deberían de establecer cuáles son los términos y condiciones esenciales

⁴¹⁰ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 72.

del contrato para poder determinar la gravedad en caso de incumplimiento de los mismos. Estos términos esenciales pueden ser los objetivos comerciales, el precio recomendado del producto o servicios, las características de prestación del servicio objeto del contrato, los signos distintivos de la marca y la zona de exclusividad, entre otros. Aunque las partes pueden establecer cualquier otro elemento esencial del contrato, al no tener un carácter regulado completamente y otorgar la PALCM dosis de autonomía a los contratantes basadas en la buena fe⁴¹¹.

3.1 Obligaciones del proveedor.

3.1.1 Preliminar.

Tal y como ya hemos visto, de manera genérica el proveedor está obligado a mantener una relación de máxima lealtad y buena fe con el distribuidor, así como colaborar con éste para lograr la más alta difusión en el mercado de los bienes o servicios objeto del contrato⁴¹². Estos supuestos genéricos se convierten en específicos una vez concretados en el contrato, aunque de manera genérica la PALCM establece en su artículo 545-8.1 que el proveedor está obligado a suministrar al distribuidor la información comercial y técnica más precisa que pueda para poder llevar a cabo la más

⁴¹¹ GRAS SAGRERA, Jordi. “Los contratos de distribución y la resolución de conflictos: jurisdicción y arbitraje”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 255 y ss.

⁴¹² Artículo 545-7 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

amplia distribución de los bienes y servicios objeto del contrato⁴¹³.

3.1.2 Obligación de suministro.

La obligación de suministro es uno de los deberes básicos del proveedor e inherente a la propia definición del mismo⁴¹⁴. En cada contrato se determinará la forma en que se debe de proveer al distribuidor, los plazos para el envío y recepción, las formas de comunicarse entre las partes o el número de unidades, entre otros.

Lo primero que se debe determinar es cuál es el objeto de la distribución, esto es, si abarca todos los elementos que produzca o fabrique el proveedor o, por el contrario, la distribución exclusiva se circunscribe en torno a un único bien o conjunto de bienes⁴¹⁵.

La determinación de los bienes objeto del contrato permite al proveedor dar salida a los mismos y al mismo tiempo le permite continuar o establecer otras relaciones comerciales de distribución respecto de otros bienes que fabrique. Para el distribuidor esta determinación sirve para clarificar los elementos que son objeto del contrato y de esta forma poder mantener otras

⁴¹³ CRUZ RIVERO, Diego. “La tipificación de los contratos de distribución. Un comentario a las últimas propuestas de regulación”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, Nº 15, segundo semestre 2014, págs. 83-106.

⁴¹⁴ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 69 y ss.

⁴¹⁵ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 74.

relaciones de distribución con otros empresarios dentro del ámbito territorial de aplicación de la exclusiva respecto de otros bienes, en su caso.

Los elementos que componen la obligación de suministrar son varios, siendo el primero de ellos el número de unidades que serán objeto de distribución. De esta manera las partes deberán de pactar el número de unidades de bienes que serán suministradas por el proveedor al distribuidor.

En segundo lugar, las partes deben de pactar el marco temporal en el que se producirá dicho suministro, esto es, cuando serán y con qué asiduidad serán entregados los bienes objeto de distribución exclusiva.

En tercer término, las partes deben de pactar el lugar de entrega de los bienes, debiendo éste de ser establecido por las partes, pudiendo ser el establecimiento del proveedor, el establecimiento del distribuidor o un sitio alternativo establecido por alguna de las partes. Asimismo, es relevante que en el contrato de distribución se determinen los términos y condiciones en virtud de los cuales se llevarán a cabo las entregas de los productos y, en particular, quien asume los costes y gastos de transporte, así como los riesgos de pérdida de los productos durante el mismo. En defecto de pacto, entendemos se deberá de acudir a las normas generales sobre el contrato de compraventa y el contrato de suministro previstas en los artículos 511-1 y ss. y 513 y ss. de la PALCM.

El proveedor está obligado a identificar los bienes, salvo que se pacte de forma expresa que sea el distribuidor quien quede obligado a identificarlos, pudiendo realizarse dicha identificación mediante cualquier medio

apropiado.

La entrega de los bienes se debe hacer libre de cargas, gravámenes y demás derechos de terceros. En este sentido, se presupone que al realizarse el traspaso de propiedad de los bienes se cede completamente los derechos sobre los mismos. La interpretación se basa en que una vez que los bienes o servicios salen de la esfera privada del proveedor y entran en el mercado, no se puede impedir que estos bienes o derechos sean accesibles a terceros. Este traspaso de propiedad no incide en el resto de obligaciones derivadas de la conclusión del contrato, donde sigue rigiendo el principio de lealtad del distribuidor hacia el proveedor o la buena fe entre las partes, así como el resto de cláusulas.

Por otro lado, el suministro no abarca solamente la entrega de bienes objeto del contrato, puesto que el proveedor también debe de suministrar determinada información al distribuidor para facilitar, entre otros, una mayor difusión y labor comercial del distribuidor. En particular, la PALCM en su artículo 545-8 establece determinadas obligaciones de suministro de información del proveedor, estas obligaciones de suministro de información se encuentran contempladas en los artículos 545-8.1, 545-8.2 y 545-8.4 de la PALCM:

De conformidad con lo previsto en el artículo 545-8.1 de la PALCM, el proveedor está obligado a suministrar al distribuidor la información comercial y técnica que sea precisa para la mejor distribución de los bienes y servicios objeto del contrato, todo ello a los efectos de que el distribuidor pueda, en primer lugar, conocer los bienes y productos que adquiere del

proveedor y, en segundo lugar, poder prestar el servicios post-venta a los clientes finales de los productos objeto de distribución. De esta manera, el proveedor puede pactar con el distribuidor que de forma periódica acuda a cursos o conferencias impartidas por el propio proveedor para dar a conocer los nuevos productos, las nuevas técnicas comerciales o formas de actuación⁴¹⁶.

El artículo 545-8.2 de la PALCM establece que el proveedor está obligado a comunicar al distribuidor los precios y tarifas de adquisición de los productos o servicios objeto del contrato y sus actualizaciones con la antelación prevista en el contrato mediante un sistema que acredite su entrega.

Mediante esta obligación el distribuidor puede conocer con suficiente antelación los precios de los productos y servicios a distribuir a los efectos de poder negociar con el proveedor las condiciones de venta, así como poder calcular los márgenes de beneficio en la venta de dichos productos y servicios a los clientes finales.

Finalmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 545-8.4 de la PALCM, el proveedor está obligado a comunicar al distribuidor con la mayor antelación posible los hechos que puedan afectar al desarrollo de la actividad comercial o a los niveles de abastecimiento del distribuidor, así como las

⁴¹⁶ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 73.

variaciones previstas del sistema comercial establecido por él.

La finalidad de esta obligación es evidente, el distribuidor realiza inversiones y compromisos importantes por la distribución en exclusiva de los productos y servicios del proveedor, por lo que cualquier circunstancia que pueda ocurrir que afecte a dicha distribución debe ser puesta en su conocimiento con la mayor antelación en manos del distribuidor.

3.1.3 Deber de previsión.

El proveedor tiene la obligación de mantener disponibles para una inmediata entrega al distribuidor el número de unidades de producto o elementos de prestación del servicio, cuando éste se los solicite y conforme el precio, número, calidad y condiciones convenidas de acuerdo al suministro habitual⁴¹⁷.

Entre los elementos del contrato que deberán establecer las partes encontramos los plazos de entrega de los productos por parte del proveedor, dado que el deber de previsión exige de éste un continuo suministro al distribuidor de los bienes y servicios objeto del contrato de distribución exclusiva⁴¹⁸.

⁴¹⁷ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes. “El contrato de distribución exclusiva o concesión comercial como contrato de prestación de servicios a efectos de la aplicación del foro conflictual del Reglamento Bruselas I. Comentario a la STSH de 19 de diciembre de 2013 (Corman-Collins S.A)”. *Revista de la Unión Europea*. Nº. 13, 2014, págs. 35-42.

⁴¹⁸ GRAS SAGRERA, Jordi. “Los contratos de distribución y la resolución de conflictos: jurisdicción y arbitraje”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs.76. y ss.

La única excepción a esta obligación de mantener una previsión del suministro habitual es que el distribuidor solicite recibir en un periodo de tiempo que no es el habitual y sin mediar un periodo de tiempo razonable el suministro de bienes objeto del contrato. En estos supuestos, el proveedor no estará obligado a atender la demanda del distribuidor para dicho plazo excepcional, no obstante, dicha obligación nacerá para el proveedor si acepta el pedido realizado por el distribuidor conforme a las condiciones de entrega establecidas en el mismo.

Este deber de prever el suministro habitual debe de definirse con posterioridad a la celebración del contrato puesto que rara vez las expectativas comerciales se corresponderán con lo plasmando en el mismo. Esto es debido a que en el momento de producirse la celebración del contrato es cuando empieza éste a surtir efectos, es decir, el distribuidor comienza a tener acceso en exclusiva a determinados bienes y servicios en una determinada zona, por tanto, debe de llevar a cabo una labor comercial en dicho territorio y en función de ello ir solicitando pedidos al proveedor que con el paso del tiempo puedan ir en aumento si la distribución es exitosa o incluso reducirlos según evolucione el negocio del distribuidor. Visto esto, es recomendable que la determinación del número de bienes objeto de distribución, las condiciones de su suministro, los plazos de entrega, lugar de los mismos, plazos de petición y cualquier otro elemento que las partes consideren, sean regulados mediante anexos al contrato, de tal manera que las partes puedan ir adaptándolo conforme evoluciona su relación comercial.

En general, dado lo difícil que puede ser establecer unas reglas sobre lo que se considera como suministro habitual, se recomienda que estas reglas no

sean fijadas de manera concreta, sino que se hagan respecto a escalas tanto temporales como en cantidades de bienes y servicios, de forma que permita una fácil identificación de los parámetros a tener en cuenta para ambas partes. Por otro lado, en el caso de no llegar a un acuerdo sobre lo que debe entenderse como suministro habitual las partes pueden acudir a terceros para que delimiten lo que puede entenderse por tal circunstancia⁴¹⁹.

3.1.4 Licencia de uso de la marca.

Es habitual que en el marco de la formalización de un contrato de distribución exclusiva, proveedor y distribuidor acuerden licenciar el uso al distribuidor de los signos distintivos titularidad del proveedor relacionados con los productos y servicios objeto de la distribución exclusiva⁴²⁰.

De entre los signos distintivos que son objeto de licencia de uso destacan sobre todo la marca del proveedor, signo que como sabemos permite a los empresarios distinguir sus productos o servicios frente a los de los competidores.

La PALCM no regula como parte del contenido del contrato de distribución exclusiva la licencia de uso de la marca del proveedor, probablemente porque no es un elemento consustancial a dicho contrato y, por tanto, no es

⁴¹⁹ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág.80.

⁴²⁰ RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. “El uso por el distribuidor de signos distintivos del fabricante o proveedor”. En: *Los contratos de distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 505.

definitorio del mismo. No obstante, tal y como vimos en anteriores capítulos a la hora de explicar el contenido del contrato de franquicia, la cesión del uso de los signos distintivos sí es un elemento esencial del contrato de franquicia y de hecho el artículo 545.2 f) a la hora de definir el concepto de franquicia incluye la cesión de uso de los signos distintivos como elemento esencial del mismo, puesto que a la hora de desarrollar el modelo de franquicia requiere que el franquiciado lo haga bajo los signos distintivos y la asistencia técnica del franquiciador⁴²¹.

Por tanto, si bien la PALCM no regula la cesión de uso de la marca como elemento del contrato de distribución exclusiva, si lo hace para otro tipo de contrato de distribución como es el caso del contrato de franquicia.

Visto lo anterior, podemos concluir que, en el marco del contrato de distribución exclusiva, inicialmente la licencia de uso de la marca del proveedor al distribuidor exclusivo tiene un carácter instrumental⁴²², pues la finalidad del contrato no es la cesión de uso de la marca sino la distribución en exclusiva de los bienes y servicios en el territorio de exclusiva y que bajo

⁴²¹ Artículo 545-2 f) de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 545-2. Principales contratos de distribución comercial.

f) El contrato de franquicia, por el cual el titular de la franquicia, denominado franquiciador, cede al distribuidor, denominado franquiciado, el derecho a explotar en beneficio de éste un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo los signos distintivos y la asistencia técnica permanente del franquiciador, a cambio de una compensación económica y del compromiso de ajustarse en todo momento a las reglas de actuación establecidas.”

⁴²² PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. *Los Contratos de Distribución Comercial. Problemas de Derecho Internacional Privado en la Comunidad Europea*. Ed. Bosch, Madrid 1999, pág. 49 y ss.

ciertas circunstancias puede ser conveniente que el proveedor permita al distribuidor la utilización de la misma. Nótese que dependiendo del tipo de red comercial ante la que nos encontremos puede darse la circunstancia de que el uso de la marca del proveedor por parte del distribuidor puede no ser optativo sino incluso obligatorio e incluso prohibiéndose expresamente el uso por el distribuidor de otros signos distintivos, ya sean titularidad del propio distribuidor como de terceros⁴²³.

Por tanto, la cesión de uso de la marca del proveedor en el contrato de distribución exclusiva tiene un carácter accesorio al mismo pero, sin embargo, dependiendo de la red de distribución ante la que nos encontremos, dicha característica accesorio al contrato puede devenir esencial para su desarrollo.

En lo que respecta al régimen legal de la licencia de uso de la marca, actualmente debemos de acudir al artículo 48 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, que fue recientemente modificada por el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados⁴²⁴, el cual según establece en su apartado primero, se permite que la marca pueda ser objeto de licencia sobre la totalidad o una parte de los productos y servicios para los cuales esté registrada y para todo

⁴²³ RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. “El uso por el distribuidor de signos distintivos del fabricante o proveedor”. En: *Los contratos de distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SAENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 508.

⁴²⁴ RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. “Alcance de la modificación del régimen sobre marcas en relación con el contrato de licencia de marca”. *La Ley Mercantil*. Nº 59 (junio), 2019, pág. 3 y ss.

o parte del territorio español, pudiendo ser la licencia exclusiva o no exclusiva.

Visto lo anterior, el contrato de distribución exclusiva deberá regular un alcance determinado de la licencia de uso de la marca, esto es, su duración, para qué productos y servicios se concede, su alcance territorial y si la licencia es otorgada con carácter exclusivo o no.

Todas estas cuestiones deben de regularse específicamente en el contrato pues de lo contrario puede dar lugar a problemas a la hora de ejecutarse el mismo. No obstante, el propio artículo 48 de la Ley de Marcas establece una regulación mínima del contenido de la cesión de uso, aplicable en caso de que las partes no pacten nada al respecto, de esta manera, salvo pacto en contrario, el titular de una licencia tendrá derecho a utilizar la marca durante toda la duración del registro, incluidas las renovaciones, en todo el territorio nacional y en relación con todos los productos o servicios para los cuales la marca esté registrada de conformidad con lo previsto en el artículo 48.4 de la Ley de Marcas. Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 48.5 de la Ley de Marcas, se entenderá, salvo pacto en contrario, que la licencia no es exclusiva y que el licenciante podrá conceder otras licencias y utilizar por sí mismo la marca objeto de licencia.

Como hemos dicho, si bien el artículo 48 de la Ley de Marcas establece una regulación mínima del contenido del derecho de cesión de marca, actualmente no contamos con un régimen legal que regule en profundidad el propio contrato de licencia de uso de marca. Esta cuestión es respondida por la PALCM, la cual regula en sus artículos 536-1 y ss. el contenido del

denominado contrato de licencia de bienes inmateriales, contrato que se define en su artículo 536-1 como aquel contrato por el cual el titular de un derecho sobre un bien inmaterial, denominado licenciante, autoriza a un tercero, denominado licenciario, para utilizarlo o explotarlo durante un tiempo determinado a cambio de un precio, manteniendo el licenciante la titularidad del derecho⁴²⁵.

De esta manera, la PALCM consagra la categoría de los bienes inmateriales que son objeto de dicho contrato, limitándose dicho concepto a dos clases de bienes inmateriales, las creaciones industriales y los signos distintivos, dejándose de un lado aquellos bienes inmateriales protegidos por derechos de autor⁴²⁶.

Por tanto, únicamente serán objeto del contrato de cesión de bienes inmateriales las creaciones industriales y los signos distintivos, entre ellos, las marcas.

Por otro lado, la PALCM regula un contenido mínimo del contrato de

⁴²⁵ La exposición de motivos nº VI-73 de la PALC establece al respecto de la cesión y licencia de bienes inmateriales:

“VI-73. Aunque el ordenamiento jurídico español no desconoce los contratos de cesión y licencia de bienes inmateriales, su regulación resulta dispersa y fragmentaria. Por ello, la tarea realizada para su inclusión en este Código ha consistido básicamente en la reconstrucción sistemática de un marco de regulación unitario y general sobre la base de los distintos elementos normativos ya existentes para las distintas modalidades de propiedad industrial, sin perjuicio de preservar o mantener las disposiciones específicas para cada una de ellas en lo que fuere menester y para cumplir las finalidades que el ordenamiento les asigna.”

⁴²⁶ GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio. “Los bienes inmateriales en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. En: “*Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*”. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág. 124.

licencia de bienes inmateriales, pudiendo dicha licencia, al igual que se preceptúa en el artículo 48 de la Ley de Marcas, ser exclusiva o no exclusiva, presumiendo la no exclusividad salvo pacto en contrario, de esta manera, el contrato deberá de contener como mínimo; (i) los productos objeto de la licencia; (ii) las facultades de explotación que se otorgan; (iii) el territorio al que se extiende la licencia; (iv) el tiempo por el que se ha cedido el derecho; (v) las especificaciones de calidad del producto o productos amparados por la licencia; y (vi) todas aquellas informaciones que sean necesarias para la adecuada explotación del derecho⁴²⁷.

El artículo 536-4 de la PALCM establece las obligaciones del licenciante (proveedor) frente al licenciario (distribuidor) al respecto de la licencia de uso de los bienes inmateriales, en este sentido, en virtud de dicho artículo, el proveedor se obliga a⁴²⁸:

⁴²⁷ Artículo 536-3 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

⁴²⁸ Artículo 536-4 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 536-4. Obligaciones del licenciante.

- 1. El licenciante está obligado a mantener al licenciario en el pacífico goce y disfrute de su derecho.*
- 2. En el caso en que lo exijan disposiciones especiales, el licenciante está obligado a poner a disposición del licenciario los conocimientos técnicos que posea y que resulten necesarios para poder proceder a una adecuada explotación del bien inmaterial de que se trate.*
- 3. El licenciante tiene la facultad de supervisar la utilización o explotación del bien objeto del contrato por parte del licenciario con el fin de garantizar que sean las adecuadas a la finalidad del contrato.”*

- (i). Mantener al licenciatarlo en el pacífico goce y disfrute de su derecho.
- (ii). En el caso en que lo exijan disposiciones especiales, está obligado a poner a disposición del licenciatarlo los conocimientos técnicos que posea y que resulten necesarios para poder proceder a una adecuada explotación del bien inmaterial de que se trate.
- (iii). Tiene la facultad de supervisar la utilización o explotación del bien objeto del contrato por parte del licenciatarlo con el fin de garantizar que sean las adecuadas a la finalidad del contrato.

Evidentemente, la obligación más relevante que asume el proveedor frente al distribuidor por la licencia de uso de la marca es el mantenerlo en el pacífico goce y disfrute del derecho de uso, considerándose dicha obligación no sólo en sentido positivo sino también negativo, es decir, el proveedor debe, además de admitir o tolerar el uso de la marca por parte del distribuidor, realizar aquellas acciones que sean necesarias para permitir que el distribuidor pueda ejercer el derecho a usar la marca⁴²⁹.

Esta obligación puede consistir por tanto en diferentes deberes como son el pago de las tasas de registro de la marca y su renovación o llevar a cabo las acciones necesarias para proteger el derecho de marca, tales como la acción de cesación, de adopción de medidas para impedir que prosiga la violación

⁴²⁹ RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. “El uso por el distribuidor de signos distintivos del fabricante o proveedor”. En: *Los contratos de distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 530.

del derecho de marcas o la de publicación de sentencia, entre otras⁴³⁰.

De las anteriores obligaciones destaca particularmente el ejercicio de las acciones de protección en defensa de la marca, pues es a través de estas acciones lo que permite al proveedor mantener el valor de la marca y evitar su devaluación, lo que podría en último lugar afectar a los propios bienes y servicios objeto de distribución⁴³¹. Ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 48.7 de la Ley de Marcas y que permite al licenciatarario ejercer acciones relativas a la violación de una marca con el consentimiento del licenciante y, en el caso de tratarse de una licencia de marca exclusiva, poder, sin previa autorización del licenciante, ejercitar dichas acciones cuando hubiera previamente requerido al licenciante y éste no las hubiera ejercitado⁴³².

Asimismo, debe de destacarse también que entre las obligaciones que asume el proveedor frente al distribuidor por la cesión de uso de la marca está la de garantizar que dicha marca ha sido obtenida (y registrada) en cumplimiento de la legalidad vigente y que no infringe derechos de terceros, pues debemos de tomar en consideración los graves perjuicios que se les podría provocar al distribuidor exclusivo si llegara a darse el supuesto en el que la marca bajo la cual distribuye los bienes y servicios objeto del contrato pueda ser

⁴³⁰ Los artículos 41 y 41 bis de la Ley de Marcas regula las acciones civiles que puede ejercitar el titular de una marca en protección de la misma.

⁴³¹ RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. “El uso por el distribuidor de signos distintivos del fabricante o proveedor”. En: *Los contratos de distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 530.

⁴³² RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. “Alcance de la modificación del régimen sobre marcas en relación con el contrato de licencia de marca”. *La Ley Mercantil*. Nº 59 (junio), 2019, pág. 3 y ss.

objeto de nulidad.

Finalmente, el proveedor, además de las obligaciones que asume frente al distribuidor por la cesión de uso de la marca, obtiene también una serie de derechos que le permiten ejercer acciones frente al distribuidor en protección de la marca para los supuestos en los que el distribuidor haga un uso indebido o extralimitado de la misma. Así, es habitual que, dentro del contenido de la licencia de uso de la marca, el proveedor se reserve determinados derechos y acciones que le permiten ejercer un control sobre las acciones comerciales y publicitarias que realiza el distribuidor, todo ello con el fin de asegurar no sólo el respeto por la marca sino también para asegurar la homogeneidad en la exposición de la marca en los mercados y al público en general.

3.2 Obligaciones del distribuidor.

3.2.1 Preliminar.

De manera genérica el distribuidor está obligado a mantener una relación de máxima lealtad y buena fe con el proveedor, así como colaborar con éste para lograr la más alta difusión en el mercado de los bienes o servicios objeto de la distribución exclusiva⁴³³.

Al ser un empresario independiente, el distribuidor se obliga a disponer de

⁴³³ Artículo 545-7 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

una organización empresarial propia adecuada y eficiente que permita desarrollar las obligaciones adquiridas en el contrato de distribución exclusiva, de forma que pueda cumplir con su obligación de distribuir y comercializar los bienes y servicios que el proveedor le suministre⁴³⁴.

Las obligaciones del distribuidor se regulan en el artículo 545-9 de la PALCM⁴³⁵, siendo la principal de ellas la obligación de adquirir los productos del proveedor para su posterior reventa. Asimismo, el distribuidor asume otras obligaciones derivadas del contrato de distribución exclusiva, como son la obligación de comercializar los bienes y servicios objeto de

⁴³⁴ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág.79.

⁴³⁵ Artículo 545-9 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es. El cual establece:

“Artículo 545-9. Obligaciones del distribuidor.

1.- El distribuidor se obliga a adquirir del proveedor o de la persona designada por éste, los bienes y servicios contractuales para su comercialización o reventa. A estos efectos, el distribuidor deberá disponer de una organización empresarial suficiente y desarrollar una actividad comercial adecuada para promover la máxima difusión de los bienes o servicios.

2. El distribuidor comercializará los bienes o servicios sin menoscabar el prestigio del proveedor, respetando su marca y presentación y ajustándose en todo momento al sistema de distribución establecido por el proveedor.

3. El distribuidor deberá llevar unos registros contables auxiliares relativos a la actividad que constituya el objeto del contrato de distribución. El proveedor tendrá derecho al examen de esos registros y de todos sus antecedentes en las fechas y modos establecidos en el contrato de distribución y, en todo caso, al practicar las liquidaciones.

4. El distribuidor deberá comunicar al proveedor con la mayor antelación posible las circunstancias que puedan afectar a la actividad comercial, a la imagen y la salvaguarda de la propiedad intelectual de sus productos o servicios, así como al acceso de los consumidores a éstos.

5. El distribuidor no podrá exigir, sin mediar un aviso con una antelación suficiente, que el proveedor le suministre un volumen de mercancías que no sea razonable atendiendo a las circunstancias del momento o que exceda de los niveles habituales o no se adecue a los tiempos de producción.”

distribución, llevanza de registros contables y obligaciones de información al proveedor.

3.2.2 Obligación de adquirir.

La obligación principal y genérica del distribuidor es adquirir los bienes que pone a su disposición el proveedor para después distribuirlos en el territorio de exclusividad fijado por las partes. Esta obligación satisface de manera conjunta los intereses de las dos partes en el contrato, dado que proporciona beneficios para ambas, pues mientras el proveedor consigue que sus bienes y servicios accedan a mercados en los cuales no podría acceder por sí mismo, incrementando con ello su volumen de ventas, el distribuidor, beneficiándose del prestigio y de la marca del proveedor, obtiene los rendimientos económicos oportunos por la venta de los bienes y servicios sin que otro competidor pueda reducir su cuota de mercado en el territorio de exclusiva a través de una inversión relativamente baja⁴³⁶.

Entre las principales obligaciones que tiene el distribuidor está la de satisfacer el precio pactado al proveedor por la entrega de los bienes y servicios objeto del contrato de distribución. El precio se deberá satisfacer en el lugar y momento que las partes hayan establecido en el contrato. Hay que indicar que las partes pueden establecer que el pago se realice por adelantado con anterioridad a la entrega de los bienes y prestación de los

⁴³⁶ CRUZ RIVERO, Diego. “La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. El proyecto de Ley de contratos de distribución y la propuesta de Código Mercantil.” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, págs. 83-106.

servicios o que se realice una vez se hayan distribuidos estos a terceros.

El precio de adquisición debe de quedar fijado entre las partes, así como las formas de actualización periódica del mismo si así lo estipulan. En defecto de que las partes no establecieran el precio ni los medios para determinarlo, cobra gran importancia la documentación que se hayan comunicado con anterioridad a la celebración del contrato para al menos poseer un punto de referencia sobre los precios del mercado y la actividad comercial con el proveedor en situaciones análogas.

Al mismo tiempo hay que tener en cuenta que el precio es uno de los elementos de mayor importancia en cualquier contrato, de forma que entran en juego las normas de defensa de la competencia al tratarse, en el caso del contrato de distribución exclusiva, de un acuerdo vertical entre empresas que puede afectar a la competencia en el territorio de exclusiva.

En este sentido, hay que indicar que en un contrato de distribución en exclusiva pueden intervenir dos precios, el precio de adquisición y el de venta al público. En cuanto al precio de venta al público, consiste en el precio al que los bienes y servicios serán distribuidos a los consumidores y usuarios, de tal manera que serán conductas prohibidas aquellas en las cuales el proveedor establezca los precios de venta al público, pudiendo éste únicamente fijar determinados márgenes de venta con los que el distribuidor puede jugar o un precio máximo orientativo de venta al público⁴³⁷.

⁴³⁷ SJM de Madrid de 3 de septiembre de 2007, nº. 102/2005 (AC 2008/177), que en su FJ CUARTO expresa:

También las partes pueden pactar que los diferentes precios sean establecidos por un tercero y cuando éste no pueda o quiera fijarlo se entienda por precio uno que sea razonable o de mercado. Pudiendo abarcar esta forma de fijación del precio tanto el precio de adquisición como el precio de venta al público.

Una vez recepcionados los bienes objeto del contrato de distribución en el lugar y tiempo convenido, el distribuidor debe de examinarlos para asegurarse de que se trata de aquello que ha encargado y que está conforme con la calidad y cantidad, así como que el o los productos se corresponden con los que hubieran sido objeto del pedido. En su defecto, el distribuidor deberá de comunicarlo al proveedor para que pueda proceder con la retirada de los productos no conformes, siendo de aplicación, en caso de conflicto, las normas sobre operaciones de reemplazo previstas en el artículo 412-10 de la PALCM, así como las normas sobre la compraventa mercantil previstas en los artículos 511-1 y ss. de la PALCM.

En este sentido, conforme a lo establecido en el artículo 511-7 de la PALCM, los bienes entregados serán conforme al contrato si cumplen los

“(...) entre las conductas intolerables y no exentas a las que alude su art. 4, a) (claramente referido a la fijación del PVP y no del "precio de adquisición") cuando excluye de aquélla exención general a los "... acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto: a) La restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes..."”

requisitos descritos a continuación⁴³⁸:

- (i). Que se ajusten a la descripción realizada por el vendedor.
- (ii). Que sean aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo y presente la calidad y proporcione las prestaciones habituales que, conforme a su naturaleza, el comprador pueda fundadamente esperar.
- (iii). Que sean aptos para cualquier uso especial precisado por el comprador y conocido o debido conocer por el vendedor.
- (iv). Que posean las cualidades de la muestra que el vendedor haya presentado al comprador.
- (v). Que estén envasados o embalados en la forma adecuada para su conservación y transporte.
- (vi). Que estén correctamente instalados. La incorrecta instalación del bien se equipara a la falta de conformidad cuando, según el contrato, la instalación incumba al vendedor y haya sido realizada bajo su responsabilidad; o cuando, habiendo quedado a cargo del comprador, el defecto se deba a un error en las instrucciones para llevarla a cabo.

⁴³⁸ IZAIAS FONSECA DE MACEDO, Haila. *La aplicación de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías a los contratos de distribución*. Tesis Doctoral. Dir. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. Universidad Carlos III de Madrid, 2017, pág. 292 y ss.

Por tanto, según lo previsto en el artículo 511-9 de la PALCM, el proveedor responderá de la falta de conformidad de los productos vendidos al distribuidor, debiendo éste de proceder a su denuncia en el plazo máximo de cinco días desde que conociera o debiera de haber conocido dicha falta de conformidad del bien o los bienes, pues de no llevarlo a cabo en dicho plazo su derecho decaería.

A este respecto, debe de destacarse que el PLCD en su artículo 15 preveía un régimen de garantías del proveedor por la falta de conformidad de los productos objeto de distribución, cuestión que no es tratada en la PALCM a la hora de regular los contratos de distribución⁴³⁹.

En el caso de que los bienes entregados fueran conformes, el distribuidor contraerá una deuda dineraria nacida por la operación mercantil que da lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a favor del proveedor, de forma que el distribuidor incurre en mora de sus obligaciones si no cumple con los plazos de pago establecidos en el contrato o los legalmente establecidos, ello sin necesidad de que el proveedor deba de avisar de su vencimiento.

Estos plazos no pueden superar en ningún caso los límites previstos en el artículo 413-1 y ss. de la PALCM, pues de lo contrario nos encontraríamos con cláusulas nulas por ser abusivas. A este respecto, conviene recordar lo establecido en el artículo 4.3 de la vigente Ley 3/2004, de 29 de diciembre,

⁴³⁹ IZAIAS FONSECA DE MACEDO, Haila. *La aplicación de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías a los contratos de distribución*. Tesis Doctoral. Dir. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. Universidad Carlos III de Madrid, 2017, pág. 288.

por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y que fija como plazo máximo para el cumplimiento de las prestaciones en treinta días naturales, ampliables a sesenta días naturales⁴⁴⁰.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 413-4.2 de la PALCM, los plazos de pago y comienzo de la morosidad se computan desde la fecha de entrega de los bienes o desde el momento en que se prestan los servicios de forma efectiva, por las cláusulas contractuales que hayan establecido las partes, o bien desde su aceptación si por ley o por el contrato estuvieren sometidos a un procedimiento de comprobación.

Finalmente, en el marco de esta obligación de adquirir asumida por el distribuidor en el marco del contrato de distribución exclusiva, debemos de tomar en consideración que, conforme a lo dispuesto en el artículo 545-9.4 de la PALCM, el distribuidor no podrá exigir al proveedor, sin mediar un preaviso suficiente, que el proveedor le suministre un volumen de mercancías que no sea razonable atendiendo a las circunstancias del momento o que exceda de los niveles habituales o no se adecue a los tiempos de producción.

Esta limitación a la adquisición de los bienes y servicios objeto de

⁴⁴⁰ Además, debemos de destacar que la Ley 3/2004 permite agrupar facturas a lo largo de un período determinado no superior a quince días, mediante una factura comprensiva de todas las entregas realizadas en dicho período, factura resumen periódica, o agrupándolas en un único documento a efectos de facilitar la gestión de su pago, agrupación periódica de facturas, y siempre que se tome como fecha de inicio del cómputo del plazo la fecha correspondiente a la mitad del período de la factura resumen periódica o de la agrupación periódica de facturas de que se trate, según el caso, y el plazo de pago no supere los sesenta días naturales desde esa fecha.

distribución está intrínsecamente relacionada con la obligación de previsión del proveedor prevista en el artículo 545-8.3 de la PALCM que analizamos en el apartado 3.1.3 anterior y, en virtud de la cual, el proveedor debe mantener disponibles para su entrega al distribuidor los bienes y servicios objeto de la distribución exclusiva, pero sin que el distribuidor pueda exigirle sin existir un preaviso razonable un suministro superior al habitual⁴⁴¹.

3.2.3 Obligación de distribuir.

Como consecuencia de la obligación de adquirir los bienes y servicios del proveedor, el distribuidor asume asimismo la obligación de distribuir dichos bienes y servicios en su territorio de exclusiva, tratándose, por tanto, de una obligación de hacer.

Los gastos generados por la distribución de los bienes y servicios, salvo que se pacte otra cosa, corren a cargo del distribuidor. Dentro de la obligación de distribuir a terceros ésta se puede producir en el local del distribuidor o el de sus oficinas o establecimientos comerciales que tenga en la zona acordada o el distribuidor puede de manera itinerante distribuir por sí mismo

⁴⁴¹ Artículo 545-8.3 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es. El cual establece:

“3. El proveedor mantendrá disponibles para su entrega al distribuidor que se lo solicite, en las condiciones convenidas en cuanto al precio, calidad y presentación y dentro de los límites de su capacidad productiva y política comercial, el número de unidades de producto o los elementos de prestación del servicio necesarios para el normal abastecimiento del mercado, según su volumen usual de pedidos. El distribuidor no podrá exigir, de no mediar previo aviso en tiempo razonable, un suministro que exceda de lo que habitualmente suele demandar en la época en que lo solicita.

o a través de terceros los bienes o servicios objeto del contrato de distribución.

En el caso de que el distribuidor deba trasladar los bienes hasta el lugar en que se encuentren los terceros adquirentes de los mismos, las normas sobre esta prestación se asimilan a los contratos de transporte regulados en la PALCM y demás legislación específica⁴⁴². Es por ello que el distribuidor se obliga de forma personal o a través de terceros a trasladar los bienes y servicios a los clientes finales u otros distribuidores, de forma que el distribuidor actúa en estas ocasiones como porteador, puesto que asume la obligación de realizar el transporte en nombre propio con independencia de que lo ejecute por sus propios medios o contrate su realización con otros sujetos⁴⁴³.

El trato con los destinatarios finales del contrato varía dependiendo de las características de los bienes del contrato de distribución, de forma que el número de frecuencia, características y destino de los envíos deben determinarse en el momento de contratar o antes de su inicio.

La distribución de los productos a terceros fuera del establecimiento comercial del distribuidor bajo las reglas del contrato de transporte conlleva la entrega de la carta de porte con designación del destinatario, de forma que

⁴⁴² Título VI del Contrato de Transporte dentro del Libro Quinto de los Contratos Mercantiles en Particular de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

⁴⁴³ DE LASSALETTA, Juan Antonio. “La distribución comercial y los contratos de logística y de transporte”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 131 y ss.

éste tenga derecho a la entrega de las mercancías en el destino sin necesidad de presentar documento. Esta carta de porte puede servir para llevar los registros contables auxiliares a los que tiene acceso el proveedor, de forma que la carta de porte firmada por ambas partes, hará fe de la perfección y del contenido del contrato, así como de la recepción de las mercancías por el porteador, salvo prueba en contrario. Es decir, este documento sirve como prueba para determinar que el distribuidor cumple con las normas internas de restricción comercial dentro de un área, probando que no vende a terceros prohibidos por el contrato al ser exclusivos del proveedor o que está cumpliendo los plazos y resto de normas contenidas en el contrato y que el proveedor le impone para mantener una filosofía o identidad comercial propia que representa la marca y prestigio del proveedor.

3.2.4 Obligación de comercialización de los bienes y servicios.

El artículo 545-9.2 de la PALCM establece una de las obligaciones principales del distribuidor bajo el contrato de distribución en exclusiva, esta es, la obligación de comercializar los bienes y servicios del proveedor.

Además, el referido artículo 545-9.2 establece que dicha obligación de comercialización deberá realizarse sin menoscabar el prestigio del proveedor, respetando su marca y presentación y ajustándose en todo momento al sistema de distribución establecido por el proveedor.

Como ya vimos anteriormente, la comercialización de los bienes y servicios por parte del distribuidor no sólo es una de las obligaciones principales del distribuidor, sino que supone uno de los elementos definitorios del contrato,

pues en la medida en que se trate de cualquier contrato que permita la comercialización de productos a través de una red de distribución, estaríamos ante un contrato de distribución⁴⁴⁴.

Al tratarse de un contrato de distribución en exclusiva, la comercialización de dichos bienes o servicios pueden ser respecto de un único proveedor en aquellos supuestos en los que nos encontremos ante un contrato de compra en exclusiva, mientras que no ocurre lo mismo en el supuesto de contrato de venta en exclusiva, en el cual el distribuidor puede comercializar bienes o servicios de diferentes proveedores⁴⁴⁵. En cualquier caso, ya se trate de un contrato de compra o venta en exclusiva, la obligación de comercialización de los bienes y servicios del proveedor subsiste igualmente.

La comercialización de los bienes y servicios del proveedor implica la realización de determinadas acciones comerciales y promocionales por parte del distribuidor quien, a través de dichas acciones, pretende la mayor difusión de los productos y servicios en el territorio o territorios de su influencia.

Para llevar a cabo estas acciones de comercialización el distribuidor deberá de establecer diferentes tipos de estrategias, todas ellas encaminadas a la mayor difusión de los bienes y servicios. Estas estrategias podrán consistir

⁴⁴⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1995”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Nº. 41, 1996, págs. 525-537.

⁴⁴⁵ Artículo 545-2 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

en acciones focalizadas en los propios productos o servicios, en el precio de los mismos, en las fórmulas de distribución o en acciones publicitarias y de comunicación.

En lo que respecta a la asunción de costes de las acciones de comercialización de los bienes y servicios objeto de distribución, la PALCM no establece nada al respecto⁴⁴⁶, no obstante, al tratarse de una obligación del distribuidor, entendemos que será éste quien asuma los costes de las acciones de comercialización de los productos y servicios en su área de influencia. En cualquier caso y como ya veremos en próximos apartados, las inversiones que el distribuidor realice en acciones de comercialización podrán ser compensadas por el proveedor al distribuidor en aquellos supuestos de resolución anticipada del contrato, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 545-21 de la PALCM⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ En el mismo sentido, los DCFR tampoco aclaran esta cuestión y, al igual que ocurre en la PALCM, se limitan a establecer como obligación del distribuidor la de promocionar los productos sin concretar a quien le correspondería asumir los costes de comercialización en defecto de pacto:

Sección 3. Obligaciones del distribuidor

IV.E.-5:301: Obligación de distribuir En los contratos de distribución exclusiva y los contratos de distribución selectiva, el distribuidor hará todo cuanto sea razonable, en la medida de lo posible, para promocionar los productos.

AAVV. *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. Coordinadora de la versión española: JEREZ DELGADO, Carmen. Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, octubre 2015, pág. 273.

⁴⁴⁷ En tal sentido, CARBAJO CASCÓN considera que el distribuidor, a diferencia del agente, asume todos los gastos y riesgos para la comercialización de los productos y servicios objeto de distribución.

CARBAJO CASCÓN, Fernando. “La distribución comercial (I-2). Aspectos contractuales.” *Iustitia*. Nº. 9, Octubre 2011, pág. 312.

Finalmente, las acciones de comercialización a desarrollar por el distribuidor deberán de realizarse sin menoscabar el prestigio del proveedor, respetando su marca y presentación y ajustándose en todo momento al sistema de distribución establecido por el proveedor.

A la vista de lo anterior, podemos considerar que las acciones de comercialización del distribuidor estarían limitadas a las directrices que el proveedor pueda imponer en cualquier momento al distribuidor, todo ello a los efectos de que el distribuidor se adapte a los estándares y fórmulas de comercialización establecidas por el proveedor a nivel global para la distribución de los bienes y servicios.

3.2.5 Llevanza de registros contables auxiliares.

Entre las obligaciones que la PALCM enumera para los distribuidores se encuentra la llevanza de unos registros contables auxiliares relativos a la actividad que constituyan el objeto del contrato de distribución. Y puesto que esta obligación permite al proveedor examinarlos es recomendable establecer formas en el contrato para el envío periódico de los mismos.

En su defecto, las partes deben establecer la forma en que el proveedor puede acceder de forma periódica o en determinadas ocasiones al análisis y examen de estos registros, tanto el último de la actividad como los anteriores.

Esta información periódica a la que puede acceder el proveedor debe de consistir como mínimo en el nivel de consecución de los objetivos por

campaña comercial, los pedidos y recepción de los productos y servicios, la asistencia postventa, el nivel de productos defectuosos, las reservas de suministros que posee, los picos comerciales, las cuentas anuales del distribuidor, las declaraciones tributarias y el pago de los impuestos, etc⁴⁴⁸.

Esta obligación del distribuidor se encuentra entre las principales obligaciones que posee, de forma que la no llevanza de este registro auxiliar o los defectos en su llevanza pueden suponer un perjuicio para el proveedor. En algunos casos la no llevanza de registros auxiliares ha sido considerada como una cláusula resolutoria del contrato⁴⁴⁹, en otras ocasiones es un perjuicio indemnizatorio al no poder contrastar el número de clientes u operaciones realizadas por el distribuidor, de forma que los tribunales han favorecido los intereses del proveedor que ha podido demostrar lo que alegaba⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág.81.

⁴⁴⁹ SAP de Madrid de 26 de mayo de 2004, Sección 14ª (AC 2004/1989), Fundamento Jurídico II, que establece:

“(...) se encargaba de la resolución a instancias de BMW por incumplimiento –causa justificada dice el contrato– sin observar plazo de preaviso, cuando el concesionario incumpla sus obligaciones fundamentales derivadas del contrato, definiendo como causas justificadas, las contenidas en los apartados A) a J) de las que merece la pena destacar la prevista en el apartado E) sobre manifestaciones deliberadamente falsas del concesionario en los informes, balances, reclamaciones de garantía, documentos de venta u otros documentos que den lugar a acuerdos o cumplimientos del Importador – BMW–, lo que también sería aplicable a los empleados del Concesionario –Azahara– si el Concesionario estaba o debiera estar al corriente de ellas”.

⁴⁵⁰ SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2010, Sección 13ª (AC 2010/1733), Fundamento Jurídico III, que establece:

“(...) 3.- no aporta la demandada listados de clientes correspondientes al inicio y el final de su relación con la demandante, no habiendo constancia de que la lista de clientes haya aumentado o disminuido en el curso de la relación contractual por efecto de la actividad de la demandada. En este sentido el informe

La llevanza de estos registros auxiliares debe de realizarse, en caso de contener datos de carácter personal, en cumplimiento de la normativa de protección de datos y, en particular, de lo estipulado en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, puesto que quien llevara a cabo las prestaciones con los terceros será el distribuidor, pero dichos datos pueden ser analizados por el proveedor según se haya establecido en el contrato de distribución. Estos registros o ficheros auxiliares protegidos por las normas de protección de datos y al amparo del derecho constitucional a la intimidad y la propia imagen; son, de conformidad con lo establecido en la referida ley, todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuera la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.

El titular del fichero o tratamiento será la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, es decir, será el distribuidor que es quien tiene la obligatoriedad por ley y de forma contractual de llevar a cabo los registros auxiliares. De forma que los datos de carácter personal

pericial del auditor Sr. Ruiz de Huidobro (doc 35 de la contestación) calcula la indemnización por clientela en base a las estadísticas comerciales del Anexo I en las que no aparece indicación de ningún cliente. Y, de la prueba documental, resulta que, al término de la relación entre las partes, sólo tres clientes de la demandada, entre ellos Neoplástica España, S.A. y Estoli, S.L. han comprado el producto "plastronfoam" a Gestora Catalana de Residuos.

(...) En consecuencia, no pudiendo estimarse probada la pretendida existencia del contrato de distribución entre las partes; que la resolución de la relación entre las partes fuera abusiva; ni que la terminación de la relación entre las partes le haya causado cualquier daño o perjuicio a la demandada que deba soportar la actora, procede en definitiva la desestimación de los motivos de oposición de la demandada, en los que asimismo se funda su demanda reconvencional, procediendo por lo tanto su desestimación, y por consiguiente la desestimación del recurso de apelación de la demandada y actora reconvencional."

sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas con las que se hayan obtenido. En principio se puede entender que el distribuidor recoge dicha información para tener un censo de los terceros a la relación contractual que se benefician de los bienes y servicios del contrato, para saber si estos son de un determinado territorio o cuestiones en torno a la publicidad y trato, ya sea por el prestado directamente o por el que viene impuesto por el proveedor.

Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos. Los datos personales deben ser exactos y estar adecuados al día, en el caso de ser inexactos deben de ser cancelados y sustituidos de oficio por los datos correctos. Estos datos deben de ser cancelados cuando dejen de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados, es decir, que en principio si el cliente se pasa a la competencia solamente tendrán una finalidad estadística o para contabilidad interna o muestra al proveedor, puesto que la finalidad de los mismo será llevar un registro sobre la forma que se difunde los productos objeto del contrato.

Los datos de carácter personal serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso, salvo que sean legalmente cancelados. Estos deberán ser conservados el tiempo necesario para los fines que hubieran sido recabados o registrados, salvo que se trate como se supone en esta

obligación en valores estadísticos, científicos o históricos.

Los usuarios a los que se les solicite la información o aquellos que se vayan a inscribir en este tipo de ficheros, deben de ser informados de forma previa sobre la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de los datos y de los destinatarios de la información. Es decir, se les debe de informar que el distribuidor es un tercero independiente que los productos o servicios a los que accede corresponde al proveedor que es el titular de la marca y resto de signos distintivos, y que este está funcionando como distribuidor de los mismos en una zona determinada.

Además, también deben informar a los terceros de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos, de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, de la identidad y dirección del responsable del tratamiento de los mismos.

3.2.6 Deber de lealtad del distribuidor con el proveedor.

La obligación de respeto al proveedor se muestra en una serie de obligaciones directas e indirectas contenidas en el contrato de distribución exclusiva y que obligan al distribuidor a ceñirse a aquellas reglas y normas que el proveedor establece para permitir una óptima difusión de los bienes y servicios objeto de la distribución exclusiva⁴⁵¹.

⁴⁵¹ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág.80; LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes. “El contrato de

En particular, estas obligaciones se configuran como un deber de lealtad que debe de tener el distribuidor frente al proveedor y que le obligan, en términos generales, a mantener una conducta leal frente al proveedor, absteniéndose de llevar a cabo actos que supongan una concurrencia competitiva con el proveedor u otros distribuidores exclusivos o acciones u omisiones que puedan perjudicar la imagen y marcas del proveedor⁴⁵².

De esta manera, el distribuidor se obliga a no comercializar los bienes y servicios fuera de las zonas de exclusividad pactadas en el contrato, denunciar todas aquellas acciones dañinas que tenga conocimiento de la buena imagen profesional o marca del proveedor y cumplir con las directrices y ajustarse a las condiciones pactadas sobre la forma en que se deben de distribuir los bienes y servicios⁴⁵³.

Cabe decir que en función siempre del caso, las conductas pueden ser interpretadas como desleales en múltiples ocasiones y variadas⁴⁵⁴, de forma

distribución exclusiva o concesión comercial como contrato de prestación de servicios a efectos de la aplicación del foro conflictual del Reglamento Bruselas I. Comentario a la STSH de 19 de diciembre de 2013 (Corman-Collins S.A)”. *Revista de la Unión Europea*. Nº. 13, 2014, págs. 35-42

⁴⁵² MARQUÉS JARQUÉ, Ignacio. “Los contratos de distribución y la competencia desleal”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 223 y ss.

⁴⁵³ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 80.

⁴⁵⁴ Dado que se consideran como comportamientos desleales aquellos que resulten manifiestamente contrarios de forma objetiva a la buena fe de las partes, la jurisprudencia ha interpretado dicha cláusula abstracta de diferentes formas. Como por ejemplo en el Fundamento Jurídico I de la SAP de Málaga de 25 de enero de 2007, Sección 6ª, nº 59/2007 (JUR\2007\177471):

“(…) deduciéndose de ello que ese acto de deslealtad se construye desde una óptica positiva, es decir, como un ilícito objetivo que no depende de dolo o grado de culpa del causante, es un ilícito de peligro, ya que no se hace depender de los resultados finales del mismo, y de naturaleza extracontractual puesto que

que los supuestos en que no se producen estas situaciones pueden ser atípicos respecto a los casos comunes⁴⁵⁵. Por ejemplo, con los márgenes ocultos, las ventas a pérdidas, bonificaciones promocionales o de retorno donde una falta de transparencia entre las partes y entre estas y terceros puede poner en duda la relación contractual y también la competencia.

El deber de lealtad consiste también en la prohibición de alterar o modificar los elementos o productos objeto del contrato de distribución o dar lugar a confusiones sobre la titularidad de los bienes o del servicio al no identificarse como un órgano independiente ante terceros⁴⁵⁶.

El papel que puede realizar un código de conducta entre ambos empresarios puede conllevar la evitación de múltiples conflictos y por tanto aumentar la

el desvalor del mismo tiene su origen en la contravención de deberes generales de conducta y no del quebrantamiento de relaciones jurídico obligacionales que vinculen al sujeto infractor con el que padece los resultados del acto, lo que necesariamente impone analizar previamente si el comportamiento atribuido a las demandadas es o no susceptible de ser tipificado en las conductas descritas en los precitados artículos 6 a 17, limitando exclusivamente este análisis a las ilicitudes denunciadas por la demandante (...)

Asimismo, de forma práctica dicha interpretación abstracta se muestra en la SAP de Madrid de 16 de septiembre de 2004, Sección 13ª, nº 582/2004 (AC\2004\2113) en su Fundamento Jurídico V:

“(...) idea central sobre la que gira el recurso es la de resolución injusta o arbitraria, basada en un comportamiento desleal de la concedente, que incumplió el pacto de exclusiva al vender en la zona a través de un tercero cuando estaba vigente el contrato de distribución”.

⁴⁵⁵ Según los artículos 322-1 a 322-16 de la PALCM son situaciones tipificadas de deslealtad comercial entre las partes: actos de confusión, actos de engaño, omisiones engañosas, actos de engaño en particular, prácticas agresivas, prácticas agresivas en particular, actos de denigración, actos de comparación, actos de imitación, actos de explotación de la reputación ajena y violación de secretos, inducción a la infracción contractual, violación de normas, discriminación y dependencia económica, venta a pérdida y publicidad ilícita.

⁴⁵⁶ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 80.

difusión comercial beneficiando a ambas partes⁴⁵⁷, de esta manera es habitual que en el marco de la relación de distribución los distribuidores se obligan a dar cumplimiento a aquellos códigos internos de conducta establecidos por el proveedor, los cuales deberán de haber sido previamente puestos a disposición del distribuidor con anterioridad a la conclusión del contrato.

Por último, se suele establecer entre las partes un pacto de prohibición de competencia o de prohibición de dedicarse a la actividad objeto del contrato hasta pasado un tiempo, debiéndose, en cualquier caso, respetarse las normas en materia de defensa de la competencia y las limitaciones establecidas legalmente en cuanto al alcance y duración de dichas cláusulas de no competencia.

3.2.7 Obligaciones de información del distribuidor.

El artículo 545-9.4 de la PALCM establece la obligación del distribuidor de informar al proveedor con la mayor antelación posible de aquellas circunstancias que puedan afectar a la actividad comercial, a la imagen y la salvaguarda de la propiedad intelectual de los bienes y servicios objeto de distribución, así como al acceso de los consumidores a éstos.

Si bien en el texto de la PCM esta obligación de información no estaba contemplada, la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Ministerio de

⁴⁵⁷ JARNE MUÑOZ, Pablo. “Algunas consideraciones sobre la problemática regulación de los contratos de distribución comercial”. *Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*. Vol. 4, Nº. 2, diciembre 2016, págs. 75-101.

Justicia, una vez recibido el dictamen del Consejo de Estado y escuchadas los diferentes actores de la distribución comercial, procedió a incluirla finalmente en la PALCM. Asimismo, debe de destacarse que ésta obligación ya se encontraba contemplada en el artículo 10.4 del PLCD y a nuestro juicio carecía de sentido no incluirla en la PALCM dada su relevancia.

Asimismo, esta obligación de suministro de información se encuentra intrínsecamente relacionada con la obligación del distribuidor de comercializar los bienes y servicios respetando la marca del proveedor y que se regula en el artículo 545-9.2 de la PALCM.

En este sentido, el distribuidor viene obligado a mantener informado al proveedor de cualquier circunstancia en su área de influencia que pueda afectar a los bienes y productos objeto de distribución, todo ello a los efectos de que el proveedor pueda tomar las medidas oportunas para frenar o minorar cualquier daño que se pudiera estar produciendo a la marca y reputación de los bienes y servicios objeto de distribución.

3.3 Pactos de exclusiva.

La exclusiva es una de las características fundamentales de los contratos de distribución en exclusiva que los diferencia de otros tipos de contratos de distribución, especialmente respecto de la distribución autorizada o selectiva.

Sin perjuicio de las disposiciones especiales aplicables al contrato de distribución exclusiva y concesión mercantil previstas en el artículo 545-15 de la PALCM y que regulan, como veremos más adelante, determinadas cuestiones al respecto de las

ventas activas, pasivas y directas⁴⁵⁸, la regulación de los contratos de distribución prevista en la PALCM, a diferencia de la prevista en la PCM, no cuenta con una regulación particular de los pactos de exclusiva, tal y como sí establecía el artículo 543.9 de la PCM⁴⁵⁹.

En este sentido, el artículo 543.9 de la PCM regulaba distintas materias en relación con los pactos de exclusiva a incluir en los contratos de distribución, en particular:

⁴⁵⁸ Artículo 545-15 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 545-15. Concesión y venta en exclusiva.

1. La atribución de una zona geográfica o grupo de clientes en exclusiva para la comercialización de determinados bienes o servicios impedirá al distribuidor, en relación con dichos bienes o servicios, desarrollar una actividad comercial, hacer publicidad o captar clientes en otras zonas o grupos diferentes de los asignados por contrato. Sin embargo, el distribuidor podrá comercializar los bienes o servicios dentro de su territorio a personas de otras zonas aunque los adquirentes se propongan revender el producto o prestar el servicio en zonas geográficas diferentes, siempre que su puesta a disposición se realice dentro de dentro de la zona de exclusiva.

2. Para que el proveedor pueda reservarse la facultad de realizar ventas directas a determinados clientes dentro de la zona exclusiva, deberá establecerse en el contrato la adecuada identificación de aquéllos así como la compensación que, en su caso, convenga con el distribuidor por las operaciones que realice el proveedor en dicha zona.”

⁴⁵⁹ Artículo 543.9 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación dependiente del Ministerio de Justicia. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2013.

“Artículo 543-9. Pactos de exclusiva

1. El pacto en exclusiva se limitará a los bienes o servicios y al espacio geográfico determinados en el contrato.

2. El pacto por el que se establece una exclusiva territorial a favor del distribuidor deberá delimitar con la suficiente precisión el área o la zona geográfica asignada. En caso contrario, se entenderá que la exclusiva territorial abarca la mayor de las zonas posibles.

3. Las excepciones a la exclusiva deberán igualmente ser objeto de especificación clara y detallada, interpretándose de forma restrictiva cuando admitan diversidad de significados.”

- (i). Los pactos en exclusiva se debían de limitar a los bienes o servicios objeto de la distribución, así como al territorio de exclusiva que se determinara en el contrato.
- (ii). En relación con aquellos pactos que establecían una exclusiva territorial a favor del distribuidor, estos debían de delimitar con la suficiente precisión el área o la zona geográfica asignada. En caso contrario, se entenderá que la exclusiva territorial abarca la mayor de las zonas posibles.
- (iii). Las excepciones a la exclusiva debían asimismo ser objeto de especificación clara y detallada, interpretándose de forma restrictiva cuando admitan diversidad de significados.

La razón por la cual la PALCM no prevé una regulación específica de los pactos de exclusiva en los contratos de distribución se encuentra, como ya vimos anteriormente, en que ya la propia PALCM cuenta con una regulación genérica de los pactos de exclusiva aplicable a todos los contratos y obligaciones mercantiles en general⁴⁶⁰, por tanto, cualquier cláusula de exclusiva que se pacte en el marco de

⁴⁶⁰ Artículo 430-2 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 430-2. Cláusula de exclusiva.

1. Sin perjuicio de la aplicación de las normas del derecho de la competencia, se podrá pactar la exclusividad respecto de grupos de personas, zonas geográficas o económicas, derechos, mercancías, bienes o servicios.

2. Una obligación derivada de un pacto de exclusiva podrá consistir en hacer o no hacer alguna cosa. Entre otras, podrá consistir, aislada o combinadamente, en alguna de las siguientes obligaciones:

a) Un compromiso de aprovisionamiento.

b) Un compromiso de venta.

un contrato de distribución deberá de regularse al amparo del artículo 430-2 de la PALCM.

En este sentido, a la vista de lo preceptuado en el artículo 430-2.1 de la PALCM, sin perjuicio de la aplicación de las normas del derecho de la competencia, se podrá pactar la exclusividad respecto de grupos de personas (ámbito subjetivo), zonas geográficas o económicas (ámbito territorial), derechos, mercancías, bienes o servicios (ámbito objetivo) o durante un periodo de tiempo concreto (ámbito temporal)⁴⁶¹.

El pacto de exclusiva debe definir de forma clara los elementos de la exclusiva y debe delimitar con la suficiente precisión su objeto, en caso contrario, se entenderá que la exclusiva abarca las mayores zonas, grupos, productos o servicios posibles. Las excepciones a la exclusiva deberán igualmente ser objeto de especificación clara y detallada, interpretándose de forma restrictiva cuando admitan diversidad de significados.

c) Un compromiso de actuación o de inacción respecto de una zona geográfica determinada o en relación con una serie de derechos de la propiedad intelectual o industrial o categoría o grupo de personas, mercancías, bienes o servicios.

3. El pacto de exclusividad deberá delimitar con la suficiente precisión su objeto. Las excepciones a la exclusiva deberán igualmente ser objeto de especificación clara y detallada, interpretándose de forma restrictiva cuando admitan diversidad de significados.

4. El incumplimiento del pacto de exclusiva se regirá por las normas relativas al incumplimiento contractual, y en particular por las relativas a la indemnización de daños y perjuicios.

5. El infractor tendrá la obligación de entregar las ganancias obtenidas como consecuencia de la vulneración del pacto de exclusiva.”

⁴⁶¹ ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 66.

La exclusiva afecta tanto al proveedor como al distribuidor según lo que hayan establecido las partes, pudiendo darse en diferentes modalidades prácticas, como el contrato de compra en exclusiva o el contrato de venta en exclusiva, de forma que dependiendo de la parte que se comprometa a la exclusiva tiene unos matices u otros.

El pacto de exclusiva puede consistir, aislada o combinadamente, en un compromiso de aprovisionamiento, un deber de venta o una promesa de actuar o dejar de actuar de cierta forma en una zona determinada geográficamente o respeto a determinados derechos de propiedad intelectual o industrial, grupo de personas, mercancías, productos o servicios.

Con independencia del tipo de pacto en exclusiva que se trate, el incumplimiento de esta cláusula se rige por las normas generales del incumplimiento contractual y en particular por las relativas a los daños y perjuicios previstas en nuestro CC.

3.3.1 Pacto de venta en exclusiva.

El pacto de venta en exclusiva supone una restricción voluntaria del proveedor o fabricante hacia un determinado distribuidor, de forma que éste debe de entregar únicamente los bienes que produzca o prestar servicios a un determinado distribuidor para que los difunda de manera exclusiva, ya sea en un determinado territorio o a un grupo de empresas o clientes determinados⁴⁶².

⁴⁶² SAP de Madrid de 30 de abril de 2015, Sección 25ª, nº 183/2015 (JUR 2015/151692), que en su Fundamento Jurídico I dice:

La venta a otros sujetos es considerada como un acto contrario a la buena fe de las partes por incumplimiento de las obligaciones contractuales que en el caso de demostrarse puede dar lugar a la resolución del contrato y a las indemnizaciones correspondientes. En general, este tipo de pacto de venta no se diferencia de la regulación proyectada para el contrato de compraventa más allá de la exclusividad⁴⁶³.

3.3.2 Pacto de compra en exclusiva.

El pacto de compra en exclusiva supone una limitación del distribuidor hacia un proveedor concreto⁴⁶⁴. En esta modalidad contractual el distribuidor recibe una serie de contraprestaciones especiales a cambio de obligarse a adquirir para su comercialización determinados bienes o servicios de un solo proveedor o a través de las personas que un proveedor especifique. Entre estas contraprestaciones se puede encontrar una serie de descuentos o los rappel sobre todas las compras o periodos, el establecimiento de un precio

“1.1. En cuanto al pacto de exclusividad, aclara que únicamente se convino respecto a la marca de fruta "Paula" producida por PLA DŽESCARP, no a las marcas "Perroti" y "Pla DŽescarp" de la misma empresa, consistiendo tal exclusividad en la obligación por parte de la productora de no actuar directamente en Polonia vendiendo la misma fruta a los clientes logrados por BLUNET. La exclusividad no prohibía a BLUNET comprar fruta a otros productores españoles, y se centraba en la fruta de hueso comercializada entre mayo y septiembre, único producto en el que se centra el litigio.”

⁴⁶³ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 71; ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 57-73.

⁴⁶⁴ ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 56-73.

para cada producto por debajo del precio indicado para su venta al consumidor final o la asunción por parte del proveedor de determinados elementos y gastos de estructura, de comercialización, o publicidad entre otros que lleve a cabo el distribuidor⁴⁶⁵.

Hay que destacar que dicha cláusula de mejora de las condiciones de compra del distribuidor se basa en criterios personalísimos entre ambas partes, por lo que no procedería el que varios empresarios o distribuidores actúen de manera conjunta para alcanzar las cuotas de descuentos, beneficios, premios, mejoras o demás elementos de fidelización que gocen o hayan establecido las partes del contrato.

Una de las cláusulas más relevantes que suele contener este tipo de contratos es que el objeto del contrato es ampliable a los nuevos productos que el proveedor pueda poner en el mercado mientras dure la relación contractual, de forma que el distribuidor se pueda beneficiar de las constantes mejoras o cambios de servicios que se puedan realizar⁴⁶⁶.

3.3.3 Pacto de compra-venta en exclusiva.

Esta modalidad de pacto consiste en la unión de las dos anteriores formas descritas de compra y venta en exclusiva. El pacto se enmarca en la

⁴⁶⁵ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 71.

⁴⁶⁶ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág.78.

obligación sinalagmática de exclusividad entre las partes, es decir, el proveedor se obligará a suministrar los bienes y servicios de manera exclusiva a un solo distribuidor y éste a su vez se obligará a distribuir solamente los productos o servicios del proveedor. La exclusividad comercial de este tipo de pacto va ligada en la mayoría de las ocasiones a una exclusividad territorial y a contratos de importación o exportación, aunque puede darse perfectamente dentro del mismo país⁴⁶⁷. Al mismo tiempo, este compromiso de compraventa futura abarca no solamente los productos actuales sino también a los que con posterioridad ponga el proveedor en el mercado⁴⁶⁸.

3.3.4 Pacto de exclusividad territorial.

La atribución de una zona exclusiva supone la asunción de limitaciones comerciales para ambas partes puesto que el distribuidor debe de abstenerse de realizar operaciones fuera de dicho territorio y el proveedor no puede intervenir tampoco en el mismo⁴⁶⁹, salvo excepciones como son las ventas

⁴⁶⁷ ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 56-73., págs. 57-73.

⁴⁶⁸ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág.78.

⁴⁶⁹ SAP de Barcelona de 23 de diciembre de 2003, Sección 15ª (JUR\2004\90146), que en su Fundamento Jurídico I establece:

“Tenneco Automotive Ibérica, SA y Walker France, SA demandaron a Tubora, SL en reclamación del saldo resultante de una relación estable de venta de materiales por aquéllas fabricados, así como a su administrador, D. Manuel, cuya responsabilidad personal y solidaria por el importe del crédito se sustentó en el régimen de responsabilidad objetiva previsto en el art. 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y además en el art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

pasivas del distribuidor o las ventas directas del proveedor⁴⁷⁰.

En este sentido, la PALCM aborda los problemas de invasión del derecho de exclusiva territorial en el artículo 545-15 de la PALCM, prohibiendo al distribuidor hacer publicidad o captar clientes en otras zonas o grupos diferentes de clientes que no sean los asignados en el contrato, es decir, la PALCM prohíbe expresamente las denominadas ventas activas fuera del territorio de exclusiva y cuyo incumplimiento derivará en una infracción de las obligaciones del distribuidor bajo el contrato de distribución exclusiva, pudiendo provocar, según el grado de incumplimiento, el nacimiento a favor del proveedor de un derecho a resolver el contrato de distribución exclusiva.

Los demandados alegaron que esa relación comercial mantenida con las actoras participaba de la naturaleza del contrato de distribución en exclusiva y, sobre esa base jurídica, articularon su defensa y pretensiones reconventionales en los siguientes términos:

a) admitieron que la relación quedó extinguida al comienzo de 1997, pero Tubora, durante ese año y el siguiente, siguió prestando a sus clientes las garantías por productos vendidos que habían resultado defectuosos, por lo que por tal concepto hubo de afrontar un coste total ascendente a 3.893.401 ptas., que imputa a las actoras. De ahí que –alegó– el saldo reclamado no sea correcto, debiendo ser declarado en sentencia –así lo interesaba en la súplica– el importe exacto de la deuda una vez deducido el valor de las garantías atendidas por Tubora.

b) la extinción del contrato ha de generar a su favor una indemnización por el aprovechamiento de la clientela captada para las concedentes;

c) además, las actoras han cometido actos de competencia desleal, que incardinaba en el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal, por captación directa de la clientela conseguida por la distribuidora;

d) ejercitaba finalmente una pretensión indemnizatoria con fundamento en el art. 1902 del Código Civil, al objeto de obtener un resarcimiento por el daño psicológico padecido por el Sr. Manuel a consecuencia del ilícito actuar de las actoras.”

⁴⁷⁰ SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo. “Consideraciones sobre la cláusula de exclusiva y los contratos de distribución con ocasión de la propuesta de anteproyecto de ley de contratos de distribución”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 480-481.

Junto con la prohibición de realización de ventas activas fuera del territorio de exclusiva, la PALCM permite en el mismo artículo 545-15.1 las denominadas ventas pasivas, en virtud de las cuales el distribuidor puede comercializar bienes o servicios dentro de su territorio de exclusiva a personas de otras zonas aunque los adquirentes se propongan revender los bienes o prestar el servicio en territorios diferentes, pero siempre y cuando la puesta a disposición de los bienes y servicios se realice dentro de la zona de exclusiva.

Una cláusula necesaria o recomendable a incluir en todo contrato de distribución en exclusiva para evitar prácticas indebidas del distribuidor respecto de las ventas pasivas es que éste no pueda revender a empresas en las que posea una mayoría accionarial o pueda incidir en la gestión comercial de la misma, de forma que no exista un fraude de ley en el contrato de distribución en exclusiva⁴⁷¹. Es decir, si el distribuidor original revende a una empresa que es de su propiedad localizada dentro de la zona exclusiva para luego revender, el fin sería legítimo, pero se estaría realizando un fraude de ley sobre el contrato original o una práctica desleal⁴⁷².

⁴⁷¹ STS de 30 de mayo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº 148/2014 (RJ 2016/2293), que en su Fundamento Jurídico I establece:

“1.1.- Zadibe se obligaba a comprar producto sólo al fabricante, a no operar fuera del territorio de España y Andorra, a no distribuir, representar, vender o fabricar otro producto equivalente al producto ron dominicano, por sí o por medio de filial, salvo autorización previa y escrita de Brugal, haciendo constar que no era equivalente a ninguno de los que en esa fecha ya distribuía, así como a suministrar a Brugal anualmente un presupuesto de compras, que sería revisado cada tres meses”.

⁴⁷² SAP de Madrid de 16 de septiembre de 2004, Sección 13ª, nº 582/2004 (AC\2004\2113), Fundamento Jurídico V, el cual establece:

Este tipo de prácticas pueden dar lugar a una erosión sobre la marca y el prestigio comercial puesto que los sub-distribuidores no tienen obligación de asumir las posibles indicaciones del proveedor de cómo deben prestarse el servicio para mantener una identidad y elementos comunes que identifique el prestigio comercial y profesional del distribuidor o de la red comercial donde se encuentra el distribuidor.

No obstante, debe tomarse en consideración que la regulación de las ventas activas y pasivas prevista en la PALCM tiene carácter dispositivo por lo que las partes del contrato podrán regular las mismas según consideren.

En cualquier caso, la exclusividad territorial debe concretarse de manera clara y específica puesto que en el caso de no hacerlo u ocasionarse disparidades interpretativas, las cláusulas se interpretarán de forma restrictiva cuando admitan diversidad de significados según apunta el artículo 430-2.3 de la PALCM⁴⁷³.

“(…) idea central sobre la que gira el recurso es la de resolución injusta o arbitraria, basada en un comportamiento desleal de la concedente, que incumplió el pacto de exclusiva al vender en la zona a través de un tercero cuando estaba vigente el contrato de distribución”.

Como expresa BARRERO RODRÍGUEZ: *“free rider o polizones, sujetos que, sin formar parte del entramado de las redes de distribución establecidas por el proveedor y habitual titular de las marcas referidas a los productos o servicios, invaden dicho espacio y se dedican a la venta o comercialización de tales productos o servicios sin respetar las instrucciones establecidas para los distribuidores oficiales”.*

BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique. “La posible configuración de las actividades de comercio paralelo como actos desleales de confusión o de engaño en el marco de la distribución selectiva”. *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*. Ed. La Ley, N° 23, marzo 2016, pág. 11.

Y aunque el análisis de BARRERO RODRÍGUEZ se centra en los contratos de distribución selectiva en los que el grado de dirección del proveedor sobre el distribuidor abarcan y restringen las facultades del distribuidor, eso no quiere decir que no se puedan adaptar al contrato de distribución exclusiva.

⁴⁷³ Artículo 430-2.3 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General

A este respecto, nuestra doctrina a la hora de analizar la redacción del artículo 543-9.2 de la PCM en el cual se inspira el artículo 430-2.3 de la PALCM antes comentado, entiende que se puede desprender del mismo que quedan prohibidas las cláusulas limitativas de manera genérica de todo un territorio si no se detalla el mismo⁴⁷⁴, pudiéndose producir dicha exclusividad tanto bajo modalidades de venta como de compra en exclusiva de un proveedor o distribuidor.

La norma no establece que esta limitación territorial deba hacerse por escrito, admitiéndose los pactos verbales, pero la simple asignación al distribuidor de una zona no demuestra por sí mismo la exclusividad que como condición especial del contrato debe haberse realmente otorgado, estar bien definida y poder ser suficientemente acreditada. Por tanto, se admiten los contratos verbales⁴⁷⁵ con posibilidad de pactar exclusividad y tenerla por cierta cuando se pueda acreditar suficientemente, bien por presunciones o bien indagando la voluntad de las partes mediante la interpretación del contrato a la vista de los actos coetáneos y posteriores.

Aun existiendo un pacto de exclusividad territorial, conforme a lo establecido

Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

3. *El pacto de exclusividad deberá delimitar con la suficiente precisión su objeto. Las excepciones a la exclusividad deberán igualmente ser objeto de especificación clara y detallada, interpretándose de forma restrictiva cuando admitan diversidad de significados.*

⁴⁷⁴ ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 56-73, pág. 65.

⁴⁷⁵ PLANA PALUZIE, Alex. “El contrato de distribución en la propuesta de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 8, diciembre 2013, págs. 67-82.

en el artículo 545-15.2 de la PALCM, las partes pueden establecer las denominadas “ventas directas”, que permiten al proveedor reservarse la facultad de realizar ventas a determinados clientes en una zona específica del territorio de exclusividad del distribuidor, siempre y cuando el distribuidor sea compensado. Se debe partir de la base de que el proveedor no posee ningún derecho de exclusividad sobre sus clientes, porque precisamente el principio de libertad de competencia implica que todo cliente o consumidor puede recibir ofertas de productos, servicios o prestaciones de cualquier empresa y aceptar libremente aquélla que mejor le convenga. Para ello se requiere que en el contrato ya sea con un anexo o de manera expresa se detallen cuáles son los clientes con los que puede el proveedor mantener una actividad. Los clientes objeto de ventas directas deben determinarse en el momento que se intercambian información preliminar para la elaboración del contrato.

En este sentido, cabe preguntarse si el proveedor puede limitar el listado de clientes a personas jurídicas o físicas con las que no mantiene relación comercial alguna en el momento de formalizar el contrato. Es decir, si es posible que el proveedor pudiera limitar la capacidad de acción del distribuidor en aquellos casos en que el proveedor tenga expectativas comerciales de llevar a cabo alguna relación comercial, de esta manera, el proveedor, en el momento de formalizar el contrato con el distribuidor, puede estar manteniendo relaciones preliminares para comercializar con un determinado cliente en dicho territorio regulado como exclusivo del distribuidor y reservarse la realización de ventas directas a clientes situados en dicho territorio.

En estos casos, dada la buena fe que debe regir entre las partes y puesto que se usa el término cliente, que según la RAE⁴⁷⁶ implica que utiliza los servicios con asiduidad, es preferible que las partes establezcan una compensación o algún tipo de beneficio para el distribuidor por no poder llevar a cabo esta actividad con dichos clientes en el territorio exclusivo, de lo contrario, como ha establecido la jurisprudencia, el proveedor puede ser condenado a resarcir daños y perjuicios⁴⁷⁷.

Es de destacar que, pese a que a lo largo de toda la PALCM se usa el término “cliente” de manera habitual, no existe un criterio de lo que debe entenderse como tal, en este sentido, en relación con el contrato de agencia y respecto de la compensación por clientela, el TJUE ha entendido al cliente como: *“una realidad económica que debe resarcirse por quien se aproveche de su aporte (...)”*.

Asimismo, sí atendemos a la STJUE de 7 de abril de 2016 (C-315/14), Marchon Germany GmbH e Yvonne Karaszkievitz, en el que se define el concepto de nuevos clientes al interpretar el art. 17.2 de la Directiva 86/653 del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los

⁴⁷⁶ Según la primera definición de cliente que utiliza la RAE: *“Persona que compra en una tienda, o que utiliza con asiduidad los servicios de un profesional o empresa.”*

⁴⁷⁷ STS de 31 de julio de 2007, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Rec. nº 899/2007 (RJ 2007/5093), que expresa lo siguiente:

“(…)Declaro que la actora originaria ha incumplido los referidos contratos al no haber facilitado a Nike la lista de clientes (nombre y dirección), y pedidos pendientes, condenando a Cidesport, SA a que haga entrega de la misma en cinco días a contar desde, el siguiente al de la firmeza de la presente resolución, condenándola al pago de la suma que en trámite de ejecución de sentencia se liquide en concepto de daños y perjuicios causados sin que la cantidad fijada pueda superar los dos mil cuatrocientos un millones ciento sesenta y cinco mil ochocientos cuarenta y cinco pesetas (2 401 165 845 pesetas) (...)”.

derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, normativa que inspiró la LCA y que es la norma aplicable de forma subsidiaria en la actualidad al contrato de distribución, según los casos, dicha sentencia viene a decir que:

“El artículo 17, apartado 2, primer guion, de la Directiva 86/653 del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, debe interpretarse en el sentido de que los clientes captados por un agente comercial con respecto a las mercancías cuya venta le haya sido encomendada por el empresario deben considerarse nuevos clientes, en el sentido de esa disposición, aun cuando esos clientes ya mantuviesen relaciones comerciales con el empresario con respecto a otras mercancías, si la venta de las primeras mercancías realizada por ese agente ha requerido establecer una relación comercial específica, lo que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente.”

Es por ello que podemos definir al cliente como aquellos con los que se mantiene una relación comercial, ya se haya producido dicha relación en el pasado o en el presente. Mientras que no podría considerarse clientes a aquellos potenciales con los que no se hubiera mantenido hasta la fecha relación comercial alguna⁴⁷⁸.

Otra de las cuestiones que cabe plantearse es qué sucede con aquellos clientes con los que el proveedor mantenía una relación comercial directa y

⁴⁷⁸ STS de 9 de febrero de 2006, Sala de lo Civil, Sentencia nº 102/2006 (RJ 2006/671); STJUE de 7 de abril de 2016 (C-315/14), Marchon Germany GmbH e Yvonne Karaszkieviz,

tras la celebración del contrato de distribución en exclusiva dichos clientes han dejado de serlo del proveedor para pasar a serlo del distribuidor.

Si acudimos a la jurisprudencia podemos resolver esta cuestión de la forma que interpreta y resuelve la SAP de Málaga de 25 de enero de 2007⁴⁷⁹, la cual considera legítimo que desde el momento en que el distribuidor tiene conocimiento de que la relación comercial entre el tercero y el proveedor se ha finalizado, el distribuidor puede entablar relaciones comerciales con el que fuera cliente del proveedor, siempre y cuando dicha cesación de relación comercial entre cliente y proveedor no se hubiera debido a actuaciones basadas en la mala fe del distribuidor.

3.3.5 Exclusividad territorial y ventas por internet.

La PALCM no entra a regular la exclusividad comercial en el marco de las ventas a través de internet, en este sentido, la limitación al distribuidor de la actividad a medios analógicos y no digitales en un momento en que las nuevas tecnologías permiten un acceso más rápido al mercado y usuarios

⁴⁷⁹ SAP de Málaga de 25 de enero de 2007, Sección 6ª, nº 59/2007 (JUR\2007\177471), en cuyo Fundamento Jurídico I se establece:

“TS 1ª SS. de 11 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7323) y 13 de mayo de 2002 (RJ 2002, 5594) -, prácticas concurrencias que cuando se dan implican la pérdida de ese mismo cliente para otra, sufriendo de esta forma genérica un perjuicio, por lo que, en principio, siempre que esa captación de clientela no se haga con practica de maniobras o maquinaciones contrarias a la buena fe y se realice de forma honesta debe considerarse como lícito, ya que la ruptura de pactos lícitos y no prohibidos de no concurrencia que puedan existir entre las sociedades litigantes en el mercado no es per se constitutiva de prácticas de competencia desleal, reservándose esa práctica desleal y su sanción cuando, sin más, se contraviene la buena fe en ese mercado concurrencial o se actúa vulnerando los elementales principios de respeto a lo ajeno o se consigán logros no por el esfuerzo propio, sino por la apropiación de lo así conseguido por los demás”.

directos de los bienes y servicios puede ser considerado un abuso en la relación entre el proveedor y el distribuidor⁴⁸⁰.

En principio, las ventas a través de medios electrónicos no suponen un perjuicio para el proveedor al ser ventas que realiza el distribuidor dando salida a los bienes y servicios objeto del contrato. No obstante, es legítimo que el proveedor se reserve la venta por internet, de tal manera que la utilización de la imagen y marca en los servidores que corresponden a un determinado país o zona supone una limitación que voluntariamente pueden aceptar las partes.

En el caso de que el proveedor autorice las ventas por internet, debe de asegurarse de que estas no suponen ventas grises en las que al hacerse en principio fuera de la red de distribución y de la zona de exclusividad pueda existir el riesgo de confusión para los consumidores sobre el origen empresarial, por los dominios de internet, por la modificación de los elementos identificativos de la marca o del proveedor que no permitan diferenciar e identificar a cada uno de las partes en el contrato y su independencia, o que quien acceda a los servicios no pueda acceder a un buen servicio postventa afectando a la imagen y prestigio comercial del proveedor⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor. “Problemas de política Jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N °10, 2012, págs. 15-54.

⁴⁸¹ SAP de Madrid de 18 de mayo de 2009, que en su Fundamento Jurídico IV establece:

“Además, para poder determinar cualquier clase de deslealtad en la comercialización de productos por medio de ventas grises es necesario observar la licitud del sistema de distribución y en el presente caso el Sr. Teodulfo precisamente ha sido expulsado de la red de distribución por incumplimiento de la obligación

Finalmente, puede resultar que este tipo de acuerdos sean demasiado desfavorables para el distribuidor al producirse un abuso por parte del proveedor⁴⁸², de forma que las partes pueden llegar a acordar un término medio. La manera más justa será la de permitir llevar a cabo publicidad al distribuidor sobre los bienes o servicios objeto del contrato, pero estableciendo un precio preferente para su zona de exclusividad y que si algún usuario decide adquirir dichos servicios deberá pagar la diferencia. Esta diferencia permitiría compensar a otros distribuidores por el traspaso de las zonas de exclusividad. Al mismo tiempo que se otorga este tipo de permiso condicionado, el proveedor debería obligar a notificar o a establecer de forma clara los pedidos que se realizan a través de medios electrónicos pero que se prestan o venden fuera de la zona de exclusividad⁴⁸³.

3.3.6 Defensa de la competencia.

Los pactos de exclusiva en los contratos de distribución deben de fijarse de forma que no sean contrarios a la normativa de defensa de la competencia

de mantener precios fijos de reventa, lo que en definitiva haría sustentar la prohibición de comercialización que se interesa en un acto ilícito, por afectar a las normas de defensa de la competencia(artículo 1.1 a LDC).”

⁴⁸² ECHEBARRÍA SÁENZ expone sobre el acceso a medios digitales lo siguiente:

“el acceso a la sociedad de la información va camino de configurarse como un auténtico derecho constitucionalizado o derecho de tercera generación. Tiende a considerarse cada vez más como una más de las expresiones necesarias del derecho a la libre expresión, al libre desarrollo de la personalidad y también a la libertad de iniciativa económica., amén de entroncar con el régimen de libertades básicas”

ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor. “Problemas de política Jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N °10, 2012, pág. 33.

⁴⁸³ ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor. “Problemas de política Jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N °10, 2012, pág.34.

y, en particular, que no se esté ante pactos colusorios prohibidos.

En lo que a las normas europeas en materia de defensa de la competencia sobre restricciones a acuerdos verticales se refiere, estas se encuentran contenidas en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴⁸⁴ y los reglamentos que lo desarrollan, en este sentido, el artículo 101 del referido tratado prohíbe los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

Adicionalmente, debe de destacarse el Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010 , relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas y el cual otorga una excepción por categoría del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea antes mencionado a determinados acuerdos verticales que puedan mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes⁴⁸⁵.

Así, dichos acuerdos verticales para poder beneficiarse de la exención por

⁴⁸⁴ Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE 30 de marzo de 2010, C 83/47.

⁴⁸⁵ Exposición de Motivos n° 6 del Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010 , relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. DOUE 23 de abril de 2010. L102/1.

categoría prevista en el Reglamento (UE) nº 330/2010 deben de cumplir una serie de requisitos previstos en el mismo, como son, entre otros, que el acuerdo no contenga ninguna de las restricciones especialmente graves establecidas en el Reglamento o que debe haber un tope de cuota de mercado del 30 % tanto para proveedores como para distribuidores.

Con el objeto de evaluar los acuerdos verticales sujetos al Reglamento (UE) nº 330/2010 de exención de categoría, la Comisión Europea ha publicado unas Directrices⁴⁸⁶, las cuales pretenden ayudar a las empresas a que realicen ellas mismas la evaluación de los acuerdos verticales en el marco de las normas de Derecho de defensa de la competencia europeas.

En particular, en lo que respecta a los contratos de distribución exclusiva, que, como ya hemos advertido, son acuerdos verticales sujetos al Reglamento (UE) nº 330/2010⁴⁸⁷, las restricciones que estos imponen sólo provocan problemas de competencia si existe una competencia insuficiente en uno o más niveles del comercio, por ejemplo, si existe algún grado de poder de mercado a nivel del proveedor, del comprador, o de ambos. De esta manera, el Reglamento (UE) nº 330/2010 establece una presunción de legalidad respecto de los acuerdos verticales en función de la cuota de

⁴⁸⁶ Directrices relativas a las restricciones verticales (2010/C 130/01). DOUE , 19 de mayo de 2010.

⁴⁸⁷ De acuerdo con lo previsto en el artículo 1, apartado 1, letra a) del Reglamento de Exención por Categorías, los acuerdos verticales son definidos como “los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”.

REGLAMENTO (UE) No 330/2010 DE LA COMISIÓN de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. L102/1. DOUE , 23 de abril de 2010.

mercado del proveedor o del distribuidor, siendo la cuota relevante la del mercado del proveedor en el que vende el bien o servicio y la cuota relevante del distribuidor aquella en la que adquiere los bienes o servicios⁴⁸⁸.

En el ámbito nacional en materia de defensa de la competencia destaca la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que está guiada por cinco principios claros: (i) garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos; (ii) independencia de la toma de decisiones; (iii) transparencia y responsabilidad frente a la sociedad de los órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley; (iii) eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia y; (v) búsqueda de la coherencia de todo el sistema y, en particular, de una adecuada imbricación de los distintos planos institucionales que interactúan en materia de defensa de la competencia⁴⁸⁹.

En concreto, el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, exceptuando de dicha prohibición a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que

⁴⁸⁸ Apartado nº 23 de las Directrices relativas a las restricciones verticales (2010/C 130/01). DOUE , 19 de mayo de 2010.

⁴⁸⁹ Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE N°. 159, 4 de julio de 2007.

sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- (i). Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- (ii). No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos.
- (iii). No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Dicho lo anterior, la PALCM, a diferencia del PCM que sí establecía una regulación en mayor profundidad, prevé una mínima regulación al respecto de la normativa en materia de defensa de la competencia y que es claramente continuista con la actual normativa prevista tanto a nivel europeo como nacional. En particular destacamos los artículos 330-1 a 330-3 de dicha propuesta normativa⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ Artículo 330-1 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

Artículo 330-1. Prohibición de las prácticas colusorias.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional en los términos previstos en la normativa de defensa de la competencia.

2. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto,

Así, al igual que realiza el actual artículo 1 de la Ley de 15/2007 de Defensa de la Competencia, el artículo 330-1 de la PALCM prohíbe las prácticas colusorias, de tal manera que quedan prohibidos todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional en los términos previstos en la normativa de defensa de la competencia.

Hay que indicar que al acordar el distribuidor y proveedor llevar a cabo una actividad de distribución exclusiva en un territorio determinado, están limitando la capacidad del distribuidor para poder realizar su actividad en otro territorio diferente del que ha acordado y en idéntico sentido se limitan las capacidades de las partes para comprar y vender ciertos productos o prestar servicios. Por tanto, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 330-1 de la PALCM, podría considerarse dicho acuerdo como contrario a la normativa de defensa de la competencia.

Sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 330-2 de la PALCM, quedarían exentas las conductas colusorias que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico. Es decir, los contratos de distribución en principio no entran en las categorías prohibidas puesto que tienen como finalidad distribuir los productos del proveedor de forma que

siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas. b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial a los productos o servicios contemplados.

están indirectamente mejorando la producción y la comercialización de los mismos⁴⁹¹.

Es por ello que para que un contrato de distribución quede fuera de los casos prohibidos en la PALCM debe de cumplir una serie de requisitos, siendo estos los siguientes:

- (i). Que los consumidores o usuarios participen de forma equitativa de las ventajas.
- (ii). Que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos.
- (iii). Que no consientan a las empresas participes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Siendo este último requisito el más polémico de interpretar dado que en los contratos de distribución un empresario impone a otros ciertas pautas comerciales que en muchos casos prohíben llevar a cabo ciertas prácticas autónomas. Por ejemplo, esta prohibición o visto bueno del proveedor puede matizarse en varias ocasiones y actividades como nuevas campañas publicitarias que pudieran atraer a nuevos clientes en una zona donde compiten o hay varios distribuidores habilitados por el proveedor, en el caso

⁴⁹¹ Artículo 330-2 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

de que éste no dé el visto bueno a la campaña obliga a que las posiciones se mantengan casi inalterables⁴⁹².

Al mismo tiempo, tampoco hay que entender que afecta a la competencia la restricción al territorio concreto siempre que sean conductas de escasa importancia⁴⁹³. Es decir, que no afecte de manera significativa a la competencia atendiendo a la cuota de mercado.

Si atendemos a la normativa europea sobre lo que debe interpretarse por escasa importancia se debe atender a las siguientes reglas: la cuota de mercado del proveedor se debe de calcular respecto al valor de las ventas en el mercado y la del comprador, en base al valor de las compras en el mercado. En el caso de que no hubiera datos sobre el valor de las ventas o compras, se pueden utilizar estimaciones basadas en otras informaciones análogas, incluidas los volúmenes de ventas y compras en el mercado. Para calcular el volumen de negocios anual se suma el volumen de la parte del

⁴⁹² SJP de Bilbao de 12 de enero de 2004, nº 12/2004 (AC/ 2004/171), que en su Fundamento Jurídico III expresa:

“(…) La competencia entre operadoras es evidente para cualquiera, pues en el mundo actual es imposible sustraerse del impacto de las campañas de publicidad en todos los medios de comunicación. Pero mucho más para quien, como Allmovil de Telefonía S.L. se dedica a la venta de sistemas de telefonía, puesto que conoce de sobra el interés de las operadoras de telefonía en captar clientes y la utilización de diversas técnicas y reclamos que lo permiten. ”

⁴⁹³ Al mismo tiempo, este término consiste en una regla de interpretación según expone el Fundamento Jurídico II de la SJM de Madrid de 3 de septiembre de 2007, nº. 102/2005 (AC 2008/177):

“(…) la Ley de Defensa de la Competencia , la regla "de minimis" que contiene su art. 1-3 (que autoriza a los órganos de defensa de la competencia a decidir la no iniciación o el sobreseimiento de los procedimientos previstos en la LDC respecto de conductas que se juzguen de escasa importancia) implicaría privar de tutela judicial a cuantos agravios generados por la infracción de las normas concurrenciales decidiera el Tribunal de Defensa de la Competencia no perseguir, no por razones de legalidad, sino de estricta oportunidad, idea difícilmente compatible con los presupuestos básicos de un Estado de derecho.”

acuerdo vertical y sus empresas vinculadas, respecto a todos los bienes y servicios, restando las operaciones entre las empresas vinculadas⁴⁹⁴.

Por último, hay que indicar que todas estas normas acerca de la defensa de la competencia deben de interpretarse de modo restrictivo o al menos así lo viene ejerciendo la jurisprudencia⁴⁹⁵.

3.4 Determinación de los objetivos comerciales

El artículo 545-10 de la PALCM regula la determinación de los objetivos comerciales del contrato de distribución en exclusiva⁴⁹⁶. En este sentido, la determinación de los objetivos comerciales influye en el deber de previsión de materiales y bienes objeto del contrato de distribución en exclusiva puesto que

⁴⁹⁴ DE NADAL ARCE, Santiago. “Los contratos de distribución y las restricciones a la libre competencia”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 221.

⁴⁹⁵ SAP de Vizcaya de 21 de septiembre de 2010, Sección 4ª, nº 700/2010 (AC 2010/1715).

⁴⁹⁶ Artículo 545-10 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 545-10. Determinación de los objetivos comerciales y de las inversiones

1. La determinación de los objetivos comerciales del distribuidor así como la fijación del contingente de mercancías que deberá obrar en su poder se realizará de mutuo acuerdo en función de aquellos objetivos y de las necesidades de abastecimiento del mercado que sean razonablemente previsibles en cada momento, y, si no hubiera acuerdo, podrá acudir a la mediación o al arbitraje de un experto independiente.

2. El experto independiente deberá tener en cuenta como factores determinantes de su valoración las operaciones realizadas con anterioridad en la misma zona, las estimaciones previsibles de ventas en ella y las tendencias y fluctuaciones del mercado nacional e internacional en relación con los productos o servicios contractuales.

3. Las partes establecerán de mutuo acuerdo un plan de inversiones específicas razonable que permita al distribuidor su amortización durante la vigencia del contrato.”

condiciona el normal funcionamiento del mismo. Asimismo, el incumplimiento de los objetivos comerciales es una de las causas de resolución más frecuentes en todo contrato de distribución en exclusiva⁴⁹⁷.

La determinación de los objetivos comerciales puede realizarse tanto de forma inicial en el momento de suscripción del contrato como en las diferentes renovaciones del mismo y puede afectar a un sólo bien o servicio objeto de distribución como a todos o parte de los bienes y servicios objeto del contrato de distribución en exclusiva.

Para la determinación de los objetivos comerciales es vital que ambas partes hayan cumplido con sus respectivas obligaciones de información y, en especial, las obligaciones de información que asume el proveedor en virtud del artículo 545-8 de la PALCM⁴⁹⁸. De esta manera, por un lado el distribuidor debe de suministrar al proveedor como mínimo, los objetivos conseguidos por venta y campaña, las modificaciones que hayan sufrido los planes de campaña con respecto al planteamiento inicial, los pedidos y recepción de los productos o servicios de un determinado plazo de tiempo, el nivel de asistencia postventa que haya llevado a cabo en el pasado ejercicio o con respecto a un bien determinado, los productos defectuosos, las cuentas anuales, las declaraciones tributarias y el pago de impuestos, entre otros. Mientras que por otro lado, el proveedor debe de suministrar

⁴⁹⁷ VAZQUEZ ALBERT, Daniel. “La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág.169.

⁴⁹⁸ Artículo 545-8 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

al distribuidor, entre otra información, cuales son los planteamientos de los objetivos de venta por campaña de toda la red comercial y los específicos del distribuidor, las modificaciones que puedan sufrir los planes de campaña y la relación de los precios indicativos de la misma y cualquier otra información comercial que sea necesaria para la determinación de los objetivos comerciales⁴⁹⁹.

Para las partes la determinación de los objetivos comerciales se plasma en una serie de pluses o bonificaciones que el proveedor debe de hacer al distribuidor por mejorar la cifra de negocios o por conseguir los objetivos que hubieran establecido. Aunque esta cláusula originalmente estaba pensada para el contrato de agencia, también es de aplicación a los contratos de distribución⁵⁰⁰ dado el posible aumento de la cifra de negocios que éste realice.

Asimismo, los objetivos comerciales deben de establecerse por mutuo acuerdo entre el distribuidor y el proveedor, en su defecto debe de establecerlo un árbitro o un experto independiente tal y como establece el artículo 545-10.2 de la PALCM. Los objetivos comerciales tienen una incidencia práctica en la retribución que va a obtener el distribuidor por llegar a los mismos, puesto que el proveedor frente a la obligación principal del distribuidor de la comercialización de los productos o servicios asume como obligación la retribución de un sistema pactado que le permita obtener beneficios y descuentos. En particular, llegados al cumplimiento de los objetivos, estos se convierten en mejoras como descuentos, precios por debajo de la venta a los consumidores, asunción de ciertas cargas del distribuidor,

⁴⁹⁹ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 81.

⁵⁰⁰ STS de 15 de octubre de 2008, Sala de lo Civil, Rec. n°. 2789/2002 (RJ 2008/7126).

etc. De forma habitual no se suele establecer una retribución fija de los servicios sino un sistema de comisiones o descuentos o un sistema mixto entre una cantidad fija mínima para compensar los gastos y una comisión por cada venta⁵⁰¹.

En el caso de que las partes no lleguen a un entendimiento sobre la determinación de los objetivos comerciales, pueden acudir bien a la mediación o a un arbitraje de un experto independiente para resolver sus diferencias, tal y como establece el artículo 545-10.1 de la PALCM⁵⁰². Este experto independiente debe de determinar los objetivos comerciales de acuerdo a las operaciones realizadas con anterioridad en la misma zona, las estimaciones previsibles de ventas en ellas y las tendencias y fluctuaciones del mercado nacional e internacional. Basándose sobre todo en los términos en que esté redactado el contrato, el precio y demás elementos del mismo, la mayor o menor idoneidad que tenga el distribuidor para alcanzar el resultado o los medios que el proveedor o el distribuidor deba de utilizar y la incidencia que para el cumplimiento de la obligación tuvieran las aptitudes de la parte que asume el encargo.

También se puede establecer que las partes acudan de forma periódica al experto independiente para actualizar los objetivos comerciales, de forma que el contrato se vaya actualizando con el paso del tiempo o que se vayan realizando novaciones de las condiciones.

⁵⁰¹ CALAVIA MOLINERO, JOSÉ MANUEL. El contrato de distribución en exclusiva. En VVAA. Los contratos de distribución comercial. *Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, pág. 78.

⁵⁰² Artículo 545-10.1 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

No obstante, lo que no resuelve la PALCM es a qué experto independiente deben acudir las partes y quien lo nombra, cuestión a nuestro juicio fundamental y que sin duda debería subsanarse en la propuesta normativa. En la práctica, dicha cuestión suele preverse contractualmente mediante la inclusión de cláusulas que proponen la designación del experto independiente entre determinadas compañías de reconocido prestigio y cuya designación puede realizarse mediante el proceso de insaculación ante notario.

Finalmente, el artículo 545-10.3 de la PALCM establece que las partes deberán acordar un plan de inversiones específicas razonable que permita al distribuidor su amortización durante la vigencia del contrato, de ahí que en caso de que el contrato de distribución se resuelva por causas ajenas al distribuidor sin que el distribuidor haya amortizado la totalidad de sus inversiones previstas en el plan de inversión, éste tendrá derecho a que se le compense de conformidad con lo previsto en el artículo 545-21 de la PALCM.

3.5 Deterioro de la imagen de marca y prestigio comercial.

3.5.1 Importancia de la marca y prestigio comercial.

Para determinar el deterioro de la imagen de marca se ha de partir de la base del contenido del artículo 545-11 de la PALCM el cual permite al proveedor resolver el contrato de distribución exclusiva cuando el distribuidor aplique condiciones comerciales o realice actuaciones que ocasionen un menoscabo

de la imagen de la marca o del prestigio comercial del proveedor⁵⁰³.

Como se desprende del contenido del artículo, éste funciona como una cláusula resolutoria del contrato de distribución en exclusiva al ser la marca un elemento esencial del mismo y que está ligada indisolublemente al prestigio comercial del proveedor⁵⁰⁴.

El prestigio comercial puede ser entendido como la reputación del producto o del prestador del servicio según expone la SJM de San Sebastián de 3 de septiembre de 2015 en su Fundamento Jurídico II⁵⁰⁵.

La marca de los productos y servicios objeto de distribución, así como su reputación comercial, favorece su conocimiento y compra por parte de los clientes, actuando como reclamo y favoreciendo las ventas del distribuidor.

En este sentido, las partes pueden establecer algún tipo de control periódico sobre la valoración de los productos o servicios de forma que se permita obtener cierta información u opiniones sobre el trato o la calidad de los productos. Este tipo de clausulado se puede desarrollar a través de encuestas

⁵⁰³ Artículo 545-11 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 545-11. Deterioro de la imagen de marca.

La aplicación por el distribuidor de condiciones comerciales o la realización de actuaciones que ocasionen un menoscabo de la imagen de la marca o del prestigio comercial del proveedor, dará derecho a éste a resolver el contrato.”

⁵⁰⁴ STS de 3 de marzo de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº 5785/2000 (RJ 2008/2935).

⁵⁰⁵ SJM de San Sebastián de 3 de septiembre de 2015, nº 287/2015 (AC 2015/1784).

de opinión, de manera que sirvan para mejorar la difusión de los productos o servicios de forma directa en el establecimiento del distribuidor, a través de internet en la página del proveedor o distribuidor o por un tercero contratado para tal fin⁵⁰⁶. También sirven para determinar y esclarecer la responsabilidad por una bajada de ventas, de forma que si se debe a la calidad del producto como los materiales o el precio será responsabilidad del proveedor o fabricante y si es por causas como el trato recibido o el establecimiento desde donde se lleva a cabo la distribución, la responsabilidad recae sobre el distribuidor que es quien tiene contacto directo con los clientes.

Siendo diversos los casos y circunstancias que pueden darse y que afectan al prestigio comercial dado que el artículo 545-11 de la PALCM sólo especifica la “aplicación de condiciones comerciales” o la “realización de actuaciones”, se puede entender que en relación a los productos o servicios que son objeto del contrato de distribución, el distribuidor no puede cambiar ni modificar los signos distintivos ni de propiedad industrial que amparan al proveedor, aunque las partes pueden establecer que el distribuidor puede alterar estos elementos pero debe de identificar su condición de distribuidor⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ GRAS SAGRERA, Jordi. “Los contratos de distribución y la resolución de conflictos: jurisdicción y arbitraje”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs.255 y ss.

⁵⁰⁷ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág.80.

3.5.2 Precios.

En cuanto a la aplicación de precios, el distribuidor puede aplicar unos márgenes u ofertas inferiores a lo normal para poder facilitar la mayor difusión comercial en el mercado de los bienes o servicios objeto del contrato, siempre y cuando no incurra en prácticas desleales y no implique un incumplimiento contractual. Si el distribuidor establece una serie de precios irrisorios o prohibitivos puede perjudicar a los objetivos comerciales que el proveedor haya dispuesto, así como al prestigio y la marca del proveedor.

El artículo 322-2 de la PALCM considera desleal toda conducta que implique la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanzar y distorsionar su comportamiento económico.

En particular, se considera desleal toda conducta que, realizada en relación con consumidores, contenga información falsa sobre, entre otros, el precio de los bienes o servicios objeto de distribución así como su modo de fijación o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio⁵⁰⁸.

Además de los actos de engaño sobre el precio del producto o servicio objeto del contrato de distribución en exclusiva también puede el distribuidor

⁵⁰⁸ Artículo 322-2 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

realizar conductas que consistan en omisiones engañosas⁵⁰⁹. De esta manera, son omisiones engañosas aquellas en la que se produce una ocultación de la información sustancial o dicha información se presenta de forma poco clara, ambigua, ininteligible o de forma que no dé a conocer el propósito comercial de la información en cuestión⁵¹⁰.

Cualquier acto de comunicación que invite a comprar o adquirir servicios se considera sustancial si contiene como mínimo las características principales del producto o servicio de forma adecuada al medio de comunicación utilizado. Además, el artículo 322-2 de la PALCM indica el precio como uno de los elementos sustanciales de forma que, si las invitaciones a las compras ocultan gastos adicionales, no incluyen el IVA/IGIC/IPSI o cualquier otro tipo de información que pueda afear la marca o imagen del proveedor con respecto al precio o las formas de pago, se considerará engañosa.

Al mismo tiempo se consideran como actos de engaño en particular y que tengan como objeto el precio⁵¹¹:

⁵⁰⁹ Artículo 322-3 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

⁵¹⁰ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. “La prohibición de los actos de engaño y omisiones engañosas”. En: Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad. Coord. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, págs. 1207 – 1244.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*. Col. BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl. Ed. Aranzadi, Navarra 2019, págs. 421 – 423.

⁵¹¹ Artículo 322-4 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General

- (i). Realizar una invitación a adquirir bienes o servicios a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que el empresario pueda tener para pensar que no estará en condiciones de ofrecer él mismo o a través de otro, dichos bienes o servicios u otros equivalentes a ese precio durante un período y en cantidades razonables, teniendo en cuenta el bien o servicio, el alcance de la publicidad que se le haya dado y el precio de que se trate.
- (ii). Realizar una invitación a adquirir productos a un precio determinado para luego negarse a mostrar el artículo anunciado a los consumidores, o negarse a aceptar pedidos de dicho artículo o a hacer entregas del mismo en un período de tiempo razonable, o enseñar una muestra defectuosa del mismo, con la intención de promocionar un producto diferente.
- (iii). Describir un bien o servicio como "gratuito", "regalo", "sin gastos" o cualquier fórmula equivalente si el consumidor tiene que abonar dinero por cualquier concepto distinto del coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida o recepción del bien o del pago por su entrega o prestación.

Aunque no son los únicos actos de engaño que pueden afectar al precio de los productos, sí que son las prácticas más relevantes.

Por otro lado, se encuentran las prácticas agresivas, que pueden abarcar

Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

múltiples acciones aunque de forma destacable por afectar al precio o las condiciones de pago encontramos la que se regula en el artículo 322-6 f) de la PALCM y que considera como práctica agresiva el exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el empresario, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor, salvo cuando el producto en cuestión sea un producto de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido legalmente.

Por último y de manera destacada en cuanto a las conductas desleales sobre los precios encontramos la venta a pérdida⁵¹². En principio la fijación de los precios es libre salvo que las leyes o reglamentos establezcan disposiciones en contrario. La venta a pérdida supone una traslación dineraria de los bienes y servicios objeto del contrato de distribución ya sea realizada bajo coste o bajo precio de adquisición siempre que pueda llevar a inducir a errores en el consumidor final sobre el nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, cuando tenga por intención desacreditar la imagen de un producto o establecimiento ajeno o cuando tenga por intención eliminar a un operador o grupo de operadores.

En este sentido, dado que en el resto de situaciones el establecimiento de precios es libre, el distribuidor ante este tipo de actos deberá defenderse de la acusación de que no hubo intencionalidad desleal en la fijación del precio, en caso contrario corresponde al proveedor que se ve afectado el demostrar

⁵¹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*. Col. BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl. Ed. Aranzadi, Navarra 2019, pág. 418.

que hubo intencionalidad en la venta a pérdida del distribuidor.

El ilícito de la venta a pérdida requiere de alguna manera de cierto poder de mercado puesto que se constata con suma facilidad y superar la prueba de la intencionalidad es un factor muchas veces muy difícil de probar.

Para evitar problemas de interpretación sobre si existe o no venta a pérdida por el precio que el distribuidor distribuye a terceros los bienes o servicios objeto del contrato de distribución en exclusiva, las partes deben de fijar de forma clara ciertos elementos contractuales, ya sea dentro del propio contrato de distribución exclusiva o de los acuerdos que realiza el distribuidor con terceros⁵¹³.

3.5.3 Acciones que pueden perjudicar el prestigio comercial.

En cuanto al análisis de las acciones que pueden perjudicar el prestigio comercial o la imagen de marca del proveedor debemos acudir a las normas sobre competencia desleal que establecen una serie de actos contrarios a la buena fe de las partes, así como a las normas que protegen los derechos de propiedad industrial y, en especial, las marcas y nombres comerciales⁵¹⁴.

La jurisprudencia asentada ha interpretado la buena fe en estos actos como la buena fe objetiva, de forma que se prescinde de cualquier intencionalidad

⁵¹³ ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor. “La Distribución Mayorista: Proveedores, Centrales de Compra y Centrales de Intermediación.” En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 142.

⁵¹⁴ SAP de Madrid de 20 de marzo de 2000, Sección 12ª, nº 191/2000 (JUR 2000/206726).

(dolo o culpa) del sujeto⁵¹⁵.

Estos actos de competencia desleal pueden consistir en actos de confusión, actos de engaño, omisiones engañosas en general o de forma particular, prácticas agresivas de forma general o particular, actos de denigración, actos de comparación, actos de imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la infracción contractual, violación de las normas, discriminación, venta a pérdida y publicidad ilícita⁵¹⁶.

En este sentido, los artículos 322-1 a 322-16 de la PALCM recogen la totalidad de las categorías de actos de competencia desleal previstas en los artículos 5 a 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, siendo objeto de un mayor desarrollo en la PALCM, pues establece una mayor variedad de supuestos de competencia desleal dentro de las categorías ya contempladas en la propia LCD.

En cualquier caso, todos estos actos pueden suponer un menoscabo de la reputación comercial y empresarial del proveedor y deberán de interpretarse

⁵¹⁵ SAP de Vizcaya de 21 de septiembre de 2010, Sección 4ª, nº 700/2010 (AC 2010/1715), que dice:

"A la buena fe del art. 5 LCD se refieren diversas Sentencias de esta Sala (entre otras, las de 20 de marzo 1996 , 6 junio 1997 , 15 abril 1998 , 22 enero y 29 octubre 1999 , 7 y 16 junio 2000) habiendo declarado las de 20 de marzo de 1996 , 15 de abril de 1998 y 16 de junio de 2000 que en el precepto se hace referencia a la buena fe objetiva, prescindiendo de la intencionalidad (dolo o culpa) del sujeto, y que constituye una manifestación del concepto general que como limite del ejercicio de los derechos subjetivos se consagra en el art. 7.1 CC , en el que se contiene una exigencia de conducta ética significada por los valores de la honradez, la lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena".

⁵¹⁶ Artículo 322-1 – 322-16 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

de forma individualizada cada supuesto.

Para que se puedan dar alguno de estos actos de competencia desleal se requiere que se realicen en el mercado y que tengan fines concurrenciales⁵¹⁷, ya sea perjudicando directamente al proveedor o a un tercero ajeno a la relación contractual entre el proveedor o el distribuidor.

En particular, como actos de confusión puede entenderse cualquier conducta que sea idónea para crear confusión en la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno, es por ello que el distribuidor puede producir este tipo de acción a través de cualquier acción u omisión que derive en acciones desfavorables para el proveedor o su marca, basta con la simple asociación con respecto a la procedencia de la prestación para fundamentar de manera suficiente que se está ante una deslealtad entre el distribuidor y el proveedor en la práctica.

Los actos de engaño son considerados como desleales y afectan al proveedor cuando se utilicen o difundan indicaciones incorrectas o ilusorias o de cualquier otro tipo de práctica, que, debido a las circunstancias particulares del lugar, sean susceptibles de inducir al error a las personas a las que se dirige o alcance y distorsione su comportamiento económico. De forma particular se consideran actos de engaño toda conducta desleal que realizada con los consumidores contenga información falsa y por este motivo no posea

⁵¹⁷ SUÑOL LUCEA, Áurea. “Actuación en el mercado con finalidad concurrencial como presupuestos de la sujeción de una conducta a la Ley de Competencia Desleal” En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, págs. 596 y ss.

veracidad o se trate de información que en la forma que sea presentada, induzca o pueda inducir al consumidor final a algún tipo de error sobre alguno de los elementos descritos en el artículo 5 de la LCD⁵¹⁸.

La inducción sobre estos elementos no es la única que se puede encontrar pues se considera dentro de este tipo de actos de competencia desleal el incumplimiento de los compromisos incluidos en códigos de conducta que el empresario haya podido establecer⁵¹⁹.

El proveedor también puede ver perjudicada su actividad comercial porque

⁵¹⁸ El artículo 322-2.2 de la PALCM recoge los supuestos previstos en el artículo 5 de la LCD, siendo estos:

- (i). La existencia o la naturaleza de un bien o servicio.
- (ii). Las características principales de un bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.
- (iii). La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.
- (iv). El alcance de los compromisos del empresario, los motivos de la práctica y la naturaleza del proceso de venta, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.
- (v). El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio
- (vi). La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación.
- (vii). La naturaleza, las características y los derechos del empresario o su agente, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.
- (viii). Los derechos del consumidor o los riesgos que pueda correr.

⁵¹⁹ MASSAGUER, José. “El incumplimiento de códigos de conducta como acto de competencia desleal”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, págs. 561 y ss.

un distribuidor lleve a cabo prácticas agresivas, las cuales son también consideradas como actos de competencia desleal.

Así, se consideran desleales cualquier forma de acoso, coacción, uso de la fuerza o influencia indebida según el contexto en que ocurran⁵²⁰. De forma que a través de estas prácticas agresivas el distribuidor ha distorsionado de manera sustancial el comportamiento económico de los destinatarios. En particular, el artículo 8 de la LCD recoge un listado ejemplificativo de lo que se consideran prácticas desleales por ser agresivas⁵²¹.

⁵²⁰ Artículo 322-5 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

⁵²¹ En el mismo sentido, el Artículo 322-6 de la PALCM recoge con mayor detalle los actos desleales considerados como prácticas agresivas previstos en el artículo 8 de la LCD, siendo los siguientes:

- (i). Crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato.
- (ii). Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor, ignorando las peticiones de éste de que el operador del mercado abandone su casa o no vuelva a personarse en ella, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la ley, para hacer cumplir una obligación contractual.
- (iii). Realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la ley, para hacer cumplir una obligación contractual.
- (iv). Exigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de una póliza de seguro que presente documentos que no puedan razonablemente considerarse pertinentes para determinar la validez de la reclamación o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos contractuales.
- (v). Incluir en una publicidad una exhortación directa a los niños para que compren o convenzan a sus padres u otros adultos de que les compren los bienes o servicios anunciados.
- (vi). Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el empresario, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor, salvo cuando el producto en cuestión sea un producto de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido legalmente.

El proveedor también puede verse perjudicado si el distribuidor lleva a cabo algún tipo de acto de denigración, consistiendo estos en la realización o difusión de algún tipo de manifestación sobre la actividad, las prestaciones, establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero y que sirvan para menoscabar su imagen o crédito en el mercado y no siendo estas exactas, verdaderas o pertinentes. Dentro de este tipo de prácticas se incluyen aquellas que puedan referirse a la nacionalidad, las creencias, ideología, vida privada u otra que pueda afectar al tercero en cuestión⁵²².

Tampoco están permitidos los actos de comparación pública, englobando también la publicidad comparativa, en la que se aluda de forma directa o sobreentendida a un tercero (competidor libre) si reúne los siguientes rasgos: i) los bienes o servicios que sean objeto de comparación deben de tener la misma finalidad o satisfagan las mismas necesidades de los que el infractor ofrece o compara; ii) esta comparación debe de realizarse de modo objetivo entre una o varios rasgos principales y esenciales, pertinentes, verificables y características de los bienes o servicios objeto de comparación como el precio; iii) si el producto o servicio se encontrase protegido por una

(vii). Informar expresamente al consumidor de que el trabajo o el sustento del operador del mercado corren peligro si el consumidor no adquiere el bien o servicio.

(viii). Crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad no existe tal premio o ventaja equivalente, o la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto.

⁵²² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*. Col. BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl. Ed. Aranzadi, Navarra 2019, pág. 415.; GÓMEZ LOZANO, María del Mar. “Artículo 10. Actos de comparación.” En: *Comentarios a la ley de competencia desleal*. Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2011, págs. 241 – 278.

denominación de origen, una indicación geográfica, especialidad tradicional y que por tanto deban de poseer unos rasgos específicos, de forma que los productos, servicios o publicidad que realice el distribuidor no sea posible realizarse dado que este no se encuentran dentro de este tipo de protección o derechos industriales; iv) tampoco puede compararse a través de bienes o servicios que se presentan como imitaciones o réplicas de otros que se encuentran protegidos por una marca o nombre comercial protegido y; v) se comete actos de comparación cuando se hace referencia a ofertas especiales que no han comenzado aún y que no se expresa ni la fecha de comienzo ni la de terminación de la misma⁵²³.

El proveedor también puede verse perjudicado por el distribuidor si este lleva a cabo actos de violación de secretos⁵²⁴. En particular, se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de

⁵²³ Artículo 322-8 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

⁵²⁴ Artículo 322-11 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

SAP de Valencia de 2 de junio de 2006, Sección 9ª, nº 287/2008 (JUR 2009/26715), Fundamento Jurídico I que expresa:

“(…) resolución contractual, es que TERRA VERDA, con el señuelo o ardid del informe de previsión de futuras ventas, propició el error de BIOTEC para suscribir el contrato (...) señuelo o ardid del informe de previsión de futuras ventas (f. 474 a 486) propició el error de la entidad apelante, siendo que los cálculos de previsiones de ventas no se correspondían a estudios realizados, ni eran prudentes. Dicho documento consistía en un informe económico sobre la consideración de una tienda de 200 m2, con un plan de las inversiones de distinta índole a realizar que, igualmente, contenía en su parte final un Anexo de tabla de variables con una serie de cantidades o porcentajes a tener en cuenta respecto de cada uno de los aspectos y componentes del negocio, que por su propia naturaleza, y en tanto mero plan de previsiones, desde luego no garantizaba que las mismas fueran totalmente alcanzadas”.

secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, por haber sido obtenido mediante espionaje o algún procedimiento análogo indebido⁵²⁵.

El distribuidor también puede cometer la violación de secretos u otras prácticas desleales que afeen la imagen del proveedor si lleva a cabo lo que se conoce como inducción a la infracción contractual, esta inducción la puede llevar a cabo sobre trabajadores, proveedores, clientes y cualquier obligado de forma que a través de diferentes medios induzca a llevar a cabo una infracción de los deberes contractuales básicos que las partes hubieran aceptado con otros operadores⁵²⁶.

Esta inducción puede basarse en la terminación de forma regular de un contrato⁵²⁷ o aprovecharse en beneficio propio o de un tercero de una

⁵²⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*. Col. BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl. Ed. Aranzadi, Navarra 2019, págs. 414.

⁵²⁶ STS de 16 de julio de 2012, Sala de lo Civil, Rec. nº 258/2010 (RJ 2012/10100), cuyo Fundamento de Derecho I dice:

“(…)El acto de competencia desleal que se imputaba a la demandada era la inducción, mediante engaño, a la ruptura del contrato de colaboración mercantil que había concertado ENTORNO con la entidad francesa ESPACES SPORTS TECHNOLOGIES S.A. (en adelante, ESPORTEC) el 31 de diciembre de 2001, para la distribución en España del pavimento STABIPAQ y del ligante ECO'STABIL. En concreto, se narra en la demanda que D. Luis Ángel, mientras trabajaba para ENTORNO como responsable de la distribución de estos productos e interlocutor con ESPORTEC, mediante un comportamiento engañoso e insidioso provocó que ESPORTEC resolviera unilateralmente el contrato de colaboración el 4 de junio de 2003. (...)”

⁵²⁷ STS de 15 de julio de 2013, Sala de lo Civil, Rec. nº 2079/2011 (RJ 2013/5917), que dice:

“El recurso recuerda que la conducta que se imputaba a Kyocera, como contraria a las exigencias de la buena fe, “fue el diseño de un plan doloso y desleal para apoderarse de la clientela aprovechando la relación de confianza existente en el marco de un contrato de colaboración previo, consistente en el

infracción contractual ajena, siendo esta conocida y tenga por finalidad adquirir, divulgar o explotar un secreto profesional o se realice a través de una obstaculización indebida del normal funcionamiento de la actividad del otro operador en el mercado o a través de engaños o cualquier práctica parecida⁵²⁸.

Por último, el proveedor puede ver perjudicada su marca por que el distribuidor este llevando a cabo una venta a pérdida sin encontrarse dentro de los supuestos legales⁵²⁹ y tenga como finalidad inducir a error en los consumidores, desacreditar la imagen comercial de un producto o de algún competidor o tenga como finalidad eliminar a otros competidores.

3.5.4 Sistema sancionador.

Las partes pueden establecer un sistema sancionador regulado para las diferentes acciones contrarias que lleve a cabo el distribuidor y que pongan en perjuicio el prestigio comercial o la imagen de marca del proveedor,

"fichaje" de un empleado clave, el director comercial, el cual en su incorporación traspasaría su cartera de clientes a la nueva empresa que a su vez rescindiría el contrato de colaboración".

⁵²⁸ Artículo 322-12 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

⁵²⁹ Entre estos supuestos legales se encuentra la estanqueidad, que como expresa la STJUE de 13 de enero de 1994 Caso Metro SB-Grossmärkte and Co.KG contra Cartier SA, consiste en:

"El concepto de «estanqueidad» se desarrolló en la República Federal de Alemania en el marco de acciones de competencia desleal (acciones de cesación del acto o acciones de resarcimiento de daños y perjuicios) dirigidas contra terceros que comercializan productos amparados por una concesión de venta en exclusiva o que venden a precios inferiores a los que el fabricante impone contractualmente"

pudiendo llegar a producirse la resolución del contrato en casos graves⁵³⁰.

Este sistema sancionador puede derivar en la imposición por parte del proveedor al distribuidor de unos métodos de conducta, al beneficiarse de unos elementos y fama ya prestigiosos de por sí. Por lo que se recomienda que el proveedor establezca una serie de requisitos mínimos y prácticas comerciales sobre los elementos comerciales que el proveedor pone en manos del distribuidor. En particular, es recomendable el uso de un manual o formación en técnicas de ventas, así como un manual operativo de explotación⁵³¹.

Este sistema sancionador debe de funcionar como cláusulas penales por incumplimiento de ciertas formas, plazos, cláusulas contractuales o elementos del contrato, que a pesar de poder ser un listado extenso no debe poner en duda la independencia profesional del distribuidor y no coartar su libertad profesional y de autogestión de su actividad.

3.6 Actividad publicitaria del distribuidor.

Dentro del contenido del contrato de distribución en exclusiva se pueden establecer las formas en las que el distribuidor puede hacer publicidad de los bienes y servicios objeto de la distribución exclusiva. En este sentido, conforme a lo dispuesto en el

⁵³⁰ CRUZ RIVERO, Diego. “La tipificación de los contratos de distribución. Un comentario a las últimas propuestas de regulación”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N° 15, segundo semestre 2014, págs. 83-106.

⁵³¹ CALAVIA MOLINERO, JOSÉ MANUEL. El contrato de distribución en exclusiva. En VVAA. Los contratos de distribución comercial. *Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, pág.73.

artículo 545-12 de la PALCM, cuando el distribuidor pretenda desarrollar una actividad publicitaria sobre los bienes o servicios objeto del contrato deberá obtener previamente la aprobación del proveedor acerca del carácter de aquélla en cuanto al diseño y contenido del mensaje publicitario, al objeto de mantener la imagen comercial del producto o servicio⁵³².

El sentido de esta norma es evidente, pues al ser la marca de los bienes y servicios objeto de distribución titularidad del proveedor, cualquier acto publicitario de los mismos debe ser previamente autorizado por éste. Además, es de interés de las partes el que toda publicidad de los bienes y servicios se realice de manera homogénea y coordinada, pues lo contrario podría provocar distorsiones en la red de distribución y afectar a la imagen de marca.

Por otro lado, es habitual que el distribuidor este obligado a participar o colaborar en las campañas publicitarias que lleve a cabo el proveedor de manera directa o indirecta⁵³³. Según analiza nuestra doctrina, la mayoría de los contratos de

⁵³² Artículo 545-12 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 545-12. *Actividad publicitaria del distribuidor.*

Cuando, por previsión del contrato o por iniciativa propia, el distribuidor pretenda desarrollar una actividad publicitaria sobre los bienes o servicios objeto del contrato, deberá obtener previamente la aprobación del proveedor acerca del carácter de aquélla en cuanto al diseño y contenido del mensaje publicitario, al objeto de mantener la imagen comercial del producto o servicio.”

⁵³³ STS de 30 de mayo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº 148/2014 (RJ 2016/2293), Fundamento Jurídico I:

“Anualmente, Zadibe establecería un plan de marketing, del que informaría a Brugal, que contendría el programa y presupuesto de publicidad y promociones, así como la contribución de cada parte para su realización, que salvo pacto expreso en otro sentido, sería sufragado al 50%. La aprobación del plan habría de ser consensuada entre Zadibe y Brugal; pero su ejecución sería responsabilidad exclusiva de Zadibe.”.

distribución en exclusiva contienen una regla genérica en este sentido, obligando a los miembros de la red de distribución a participar proporcionalmente en las campañas de publicidad de la marca⁵³⁴.

Dicho lo anterior, surge la duda de qué ocurre en el caso de que dicha obligación de colaboración no esté debidamente contenida y regulada en el contrato de distribución exclusiva. A este respecto, de una interpretación conjunta de los diferentes elementos y principios que regulan el contrato de distribución exclusiva en la PALCM se podría entender que el distribuidor sí que estaría obligado a participar⁵³⁵.

Dicha tesis se sustenta en uno de los deberes y principales funciones que tiene el distribuidor, que es la máxima difusión de los bienes y servicios objeto del contrato. Si a esto le unimos que el distribuidor tiene la obligación genérica de mantener un deber de lealtad comercial con el proveedor, que éste le ha concedido de forma exclusiva en una zona comercial en la que salvo excepciones no pueden intervenir terceros, ni siquiera el propio proveedor y que el distribuidor debe de pedir permiso para poder llevar a cabo una política publicitaria propia al proveedor, podemos interpretar de manera fundamentada que el distribuidor podría estar obligado a participar en las campañas publicitarias que el proveedor lleve a cabo.

No obstante lo anterior, por lo general los contratos de distribución establecen

⁵³⁴ CALAVIA MOLINERO, JOSÉ MANUEL., El contrato de distribución en exclusiva. En VVAA. Los contratos de distribución comercial. *Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, pág. 73.

⁵³⁵ CALAVIA MOLINERO, JOSÉ MANUEL., El contrato de distribución en exclusiva. En VVAA. Los contratos de distribución comercial. *Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, pág. 73.

obligaciones de contribución al marketing de la marca y los productos y servicios (*marketing fee*) a cargo del distribuidor y que normalmente se establecen en torno a porcentajes sobre ventas o volumen de negocio del distribuidor.

En cualquier caso, en el supuesto de estar obligado el distribuidor a contribuir o realizar campañas publicitarias por imposición del proveedor y éste resuelve el contrato, dichas cantidades serían indemnizables cuando dichas inversiones no hubieran podido ser amortizadas⁵³⁶.

3.7 Cesión del contrato y nombramiento de colaboradores.

El artículo 545-13 de la PALCM regula el régimen de cesión del contrato de distribución, el cual establece la prohibición al distribuidor de ceder, total o parcialmente el contrato de distribución, así como el poder designar subdistribuidores sin haber obtenido previamente el consentimiento del proveedor⁵³⁷.

⁵³⁶ STS de 30 de mayo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº 148/2014 (RJ 2016/2293), Fundamento Jurídico VI:

“(…) Sobre esta base, y dado que hemos de partir necesariamente de los hechos declarados probados en la sentencia de la Audiencia Provincial (sentencias de esta Sala núm. 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011, de 23 febrero; 71/2012 de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviembre; 147/2013, de 20 de marzo; y 5/2016, de 27 de enero; entre otras muchas), no podemos obviar que dicha resolución estableció que la contribución del distribuidor a los gastos de publicidad y marketing no fue consecuencia de una instrucción o imposición del concedente, sino que fue un pacto libremente convenido por las partes en el propio contrato y que formaba parte del precio de la venta del producto. Por tanto, conforme a lo acreditado en la instancia, falta el presupuesto fáctico para la aplicabilidad del art. 29 LCA y de la jurisprudencia que lo interpreta. Antes al contrario, como ha quedado expuesto, lo que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado es que la indemnización por inversiones no amortizables solo tiene lugar cuando el principal indujo o impuso al distribuidor la realización de determinadas inversiones, lo que no es el caso.”

⁵³⁷ Artículo 545-13 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General

El fundamento de esta prohibición se debe a la propia concepción del contrato de distribución como un contrato personalísimo (*institui personae*)⁵³⁸. De esta manera, al ser uno de los elementos principales del contrato la exclusividad, las características personales del distribuidor cobran aún más relevancia dado que el proveedor realiza un acto de confianza en el distribuidor para que comercialice y promocióne la venta de sus productos y servicios en un territorio determinado⁵³⁹.

No obstante lo anterior, el artículo 545-13.2 de la PALCM permite al distribuidor nombrar agentes u otro tipo de colaboradores que no tendrán vínculo alguno con el proveedor y que no podrán ser considerados subdistribuidores, salvo que en el contrato de distribución se hubiere establecido lo contrario. Dichos agentes o

Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 545-13.- Cesión del contrato y nombramiento de colaboradores.

1. Sin el consentimiento del proveedor, el distribuidor no podrá ceder, total o parcialmente, el contrato ni designar subcontratistas para llevar a cabo la distribución.

2. El distribuidor podrá nombrar, sin embargo, agentes u otro tipo de colaboradores, que no tendrán vínculo alguno con el proveedor salvo que en el contrato de distribución se hubiere establecido lo contrario.”

⁵³⁸ SJM de Alicante de 20 de junio de 2014, nº 118/2014 (AC 2014/1056), Fundamento Jurídico III:

“(…) 13. Además de estas consideraciones generales, se pueden añadir como argumento específico que refuerza lo anterior la naturaleza "intuitus personae" del contrato de licencia, según doctrina y jurisprudencia pacífica (entre otras Sentencia del Tribunal de Marcas de 8 de septiembre de 2010) aplicable en general a cualesquiera que implique autorización de uso de marca ajena, y la naturaleza inmaterial del objeto sobre el que recae, que concentra el goodwill, apoya la idea de que la revocación del consentimiento de uso produzca efectos inmediatos. Mantener, sin más, el derecho a su utilización por terceros contra la voluntad del titular hasta la decisión judicial sobre la procedencia de la resolución extrajudicial por incumplimiento del usuario del signo (normalmente durante un tiempo relativamente largo), puede conllevar daños irreparables para la imagen y reputación de la marca autorizada o licenciada, sobre todo en el caso de marcas que intentan preservar unos productos/servicios con un alto estándar de calidad y prestigio. (...)”

⁵³⁹ CRUZ RIVERO, Diego. “La tipificación de los contratos de distribución. Un comentario a las últimas propuestas de regulación”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, Nº 15, segundo semestre 2014, pág. 93.

colaboradores deberán de actuar en el territorio de influencia del distribuidor y dependerán de éste. Asimismo, estarán sometidos, al menos, a las mismas limitaciones que el distribuidor y, en particular, al respecto del ámbito territorial de la distribución⁵⁴⁰.

Sin perjuicio de que los colaboradores o subdistribuidores designados por el distribuidor dependan de éste, el contrato puede establecer mediante una cláusula que dichos colaboradores o agentes tengan algún tipo de vinculación indirecta con el proveedor, ya sea a modo de comisiones por realizar determinados objetivos comerciales en una determinada zona o beneficiarse de descuentos, ayudas, productos o eventos que el proveedor lleve a cabo para sus propios trabajadores⁵⁴¹.

Finalmente, se debe destacar que el artículo 545-13 no prevé nada al respecto de la posibilidad de que el proveedor pueda ceder libremente su posición en el contrato de distribución exclusiva, en este sentido, ante la ausencia de regulación al respecto y el carácter personalísima del contrato, entendemos que el proveedor requerirá el consentimiento del distribuidor para ceder su posición jurídica en el mismo, todo

⁵⁴⁰ STS de 12 de julio 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº 2004/2006 (RJ 2010/3905); STS de 30 de mayo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº 148/2014 (RJ 2016/2293).

⁵⁴¹ La doctrina jurisprudencial se ha manifestado de forma que salvo que las partes no establezcan nada al respecto el subcontratista es un tercero ajeno al proveedor. Pero como dice la STS de 12 de julio 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº 2004/2006 (RJ 2010/3905) en su Fundamento Jurídico III:

“(…) la doctrina ha considerado que esta situación implica la intervención de un tercero independiente, estableciéndose entre éste y el agente (aquí, distribuidor), una segunda relación obligatoria, de la que no es parte el empresario principal. Sin embargo, es cierto que ambas relaciones, la del empresario con el distribuidor y la de éste con el subdistribuidor, se interfieren, porque si se extingue el primer contrato, ello llevará en la práctica a la finalización del celebrado entre distribuidor y subdistribuidor. Lo que sí resulta comúnmente admitido es que el subdistribuidor no tiene relación con el empresario principal, que no es parte en la relación jurídica, si bien las vicisitudes de la relación entre él y el distribuidor van a producir efectos en las de éste con el subdistribuidor”

ello de conformidad con lo previsto en los artículos 1203 y ss. de nuestro CC.

3.8 Independencia entre proveedor y distribuidor.

3.8.1 Nociones previas.

El artículo 545-14 de la PALCM establece la independencia entre el proveedor y el distribuidor, propugnando dicho artículo que en los contratos de distribución el proveedor y el distribuidor conservarán su independencia económica y autonomía jurídica y serán los únicos titulares frente a terceros de los derechos y obligaciones derivados de las relaciones que con ellos mantengan⁵⁴².

El reconocimiento de la independencia de las partes resulta un rasgo de gran importancia del contrato de distribución frente a otras figuras contractuales, tanto desde el punto de vista interno de los contratantes como en las relaciones que mantenga con terceros ajenos al contrato.

⁵⁴² Artículo 545-13 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 545-14.- Independencia entre proveedor y distribuidor.

1. En los contratos de distribución el proveedor y el distribuidor conservarán su independencia económica y autonomía jurídica y serán los únicos titulares frente a terceros de los derechos y obligaciones derivados de las relaciones que con ellos mantengan.

Lo dispuesto en el párrafo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la normativa vigente sobre responsabilidad por bienes o servicios defectuosos.

2.- El distribuidor estará obligado a indicar en la documentación mercantil que expida, en los rótulos o logotipos que utilice y en la publicidad que realice, su condición de empresario independiente, procurando no desvirtuar la identidad de la red en la que está integrado.”

Asimismo, la independencia del proveedor y distribuidor se muestra también en otros deberes y obligaciones que enmarca este contrato, como el deber de llevar unos registros auxiliares relativos a la actividad objeto del contrato y disponer de una organización empresarial suficiente para promover la máxima difusión de los productos o servicios⁵⁴³.

Otra de las notas que conforma la independencia entre las partes objeto de este contrato mercantil es la transmisión del riesgo. Así, una vez producida la transmisión y desde el momento en que el proveedor ponga a disposición del distribuidor de forma clara según lo convenido en el contrato los bienes objeto del mismo, el riesgo sobre estos se transmitirá al distribuidor.

No obstante, pese a la independencia entre una y otra parte, el distribuidor está obligado a cumplir con su deber de lealtad frente al proveedor y mantener la buena fe en las relaciones comerciales, debiendo de cumplir con ciertas directrices que establezca el proveedor para mantener la unidad del mercado o de los valores inherentes a su marca⁵⁴⁴.

La jurisprudencia también se ha referido a la nota característica de la independencia al referirse a otras figuras contractuales, en particular, en

⁵⁴³ CRUZ RIVERO, Diego. “La tipificación de los contratos de distribución. Un comentario a las últimas propuestas de regulación”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N° 15, segundo semestre 2014, pág. 89.

⁵⁴⁴ ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor. “Problemas de política Jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N °10, 2012, págs. 15-54.

relación con el contrato de agencia⁵⁴⁵. Esta aproximación conviene ser matizada, pues el agente también es empresario independiente respecto del principal (artículo 1 de la LCA).

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de febrero de 2004, entre otras, se pronunciaba acerca de la necesidad de diferenciar el contrato de distribución del contrato de agencia. De forma que el contrato de agencia es aquel por el que *“una persona física o jurídica se obliga a otra de manera continuada y estable a cambio de una remuneración, para promover actos y operaciones de comercio por cuenta ajena, o por cuenta y nombre ajenos, sin asumir en ningún caso (salvo pacto en contrario) el riesgo y ventura en tales operaciones. La dependencia del agente respecto de su principal es una nota básica que distingue al contrato de agencia”*⁵⁴⁶.

Evidentemente esta afirmación ha de ser contrastada con el contenido específico que en la sentencia se hace, pues no es la nota de independencia la que permite distinguir, sino se entiende en cuanto que el distribuidor actúa por cuenta y en nombre propios, como se afirma en la posterior STS de 10 de marzo de 2010, nº 88/2010, en la que se manifiesta lo siguiente: *“el distribuidor compra y revende las mercancías del fabricante por cuenta y en nombre propios, con la ganancia que representa el llamado margen o beneficio comercial”*⁵⁴⁷. No cabe aquí hablar de remuneración, término que

⁵⁴⁵ MACÍAS CASTILLO, Agustín. “Distinción jurisprudencial entre el contrato de distribución o concesión mercantil y el contrato de agencia. Análisis de la STS de febrero de 2004”. *Revista Actualidad Civil*. Nº 22, Quincena del 16 al 31 Diciembre 2004, pág. 2.747.

⁵⁴⁶ STS de 5 de febrero de 2004, Sala de lo Civil, sentencia nº. 70/2004 (RJ 2004/639).

⁵⁴⁷ STS de 10 de marzo de 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº 2492/2005 (RJ 2010/2337).

apunta siempre al precio de un servicio que se presta en interés ajeno, sino de la ganancia propia de la actividad empresarial. En efecto, la remuneración del agente es un elemento esencial del contrato de agencia mientras que en el contrato de distribución ha de considerarse la ganancia propia del distribuidor.

Igualmente, la PALCM establece que el proveedor y el distribuidor deben de conservar su independencia económica y autonomía jurídica, siendo los únicos titulares de los derechos y deberes derivados de la relación contractual que ellos mantengan. Esta independencia económica y autónoma debe de materializarse en las obligaciones mercantiles de forma que, si ambos son codeudores, estén obligados solidariamente y en el caso de ser fiadores de una obligación mercantil queden solidariamente obligados junto al afianzado.

3.8.2 Responsabilidad del proveedor.

Aunque las partes son independientes, es posible que el distribuidor derive las responsabilidades ocasionadas por productos defectuosos hacia el proveedor, de tal manera que el distribuidor puede salir indemne tras haberse procedido a la cobertura de la garantía frente al consumidor por un

No quedando solamente en la jurisprudencia mayor los rasgos de independencia entre las partes puesto que la jurisprudencia menor también ha expuesto en numerosas ocasiones esta circunstancia. SAP de A Coruña de 13 de diciembre de 2006, Sección 5º, nº 539/2006 (JUR 2007/297696). Fundamento Jurídico II:

“(...) pero el distribuidor compra mediante contratos de compraventa (o similares, como el estimatorio) y los revende en su propio nombre y por su cuenta y riesgo (...)”.

defecto de fabricación del producto⁵⁴⁸. En este sentido, el párrafo segundo del artículo 545-14.1 de la PALCM establece que la independencia del distribuidor y el proveedor lo es sin perjuicio de la normativa vigente sobre responsabilidad por bienes o servicios defectuosos, la cual será de aplicación preferentemente sobre lo pactado por las partes. En efecto, el régimen en materia de productos defectuosos ha de considerarse en relación con esta materia que conecta este tipo contractual con la protección de los consumidores. Así, de las pocas excepciones a la independencia del distribuidor y proveedor la encontramos en la responsabilidad del fabricante frente a consumidores y usuarios. De esta manera, en el caso de existir un defecto en los productos distribuidos, el distribuidor puede remitirse al consumidor o al fabricante para exigirle directamente a éste las responsabilidades correspondientes por un producto defectuoso⁵⁴⁹.

A este respecto, debemos de tomar en consideración el artículo 124 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, el cual permite al consumidor o usuario accionar directamente contra el productor cuando le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por

⁵⁴⁸ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. “Consideraciones generales sobre la Ley 23/2003, de 10 de junio, de garantías en la venta de bienes de consumo.” *Estudios de derecho judicial*. N.º. 50, 2004, págs. 75 – 112.

⁵⁴⁹ CRUZ RIVERO, Diego. “La tipificación de los contratos de distribución. Un comentario a las últimas propuestas de regulación”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N.º 15, segundo semestre 2014, pág. 90.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. “El régimen de garantías en la distribución comercial”. En: *Contratos de distribución comercial. Garantías personales*. Dir. HERRERO GARCÍA, María José, Coord. ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, GARCÍA VICENTE, José Ramón, VAQUERO PINTO, María José. Ed. Ratio Legis, Salamanca 2010, págs. 165 – 198.

la falta de conformidad de los productos⁵⁵⁰.

No obstante, debe de tomarse en consideración que la responsabilidad frente al consumidor y usuario será solidaria por parte del proveedor y distribuidor, pudiendo el consumidor accionar contra cualquiera de éstos y sin perjuicio de las acciones de repetición que pudieran proceder entre proveedor y distribuidor⁵⁵¹.

⁵⁵⁰ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. “El régimen de garantías en la distribución comercial”. En: *Contratos de distribución comercial. Garantías personales*. Dir. HERRERO GARCÍA, María José, Coord. ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, GARCÍA VICENTE, José Ramón, VAQUERO PINTO, María José. Ed. Ratio Legis, Salamanca 2010.; GARBAYO BLANCH, Juan. “La responsabilidad del proveedor y distribuidor frente a los destinatarios finales de los bienes o servicios comercializados”. En: *La reforma de los contratos de distribución comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, págs. 415 y ss.

⁵⁵¹ STS de 14 de julio de 2003, Sala de lo Civil, Rec. nº 3686/1997 (RJ 2003/5837), la cual establece:

“La responsabilidad que establece la Ley de consumidores y usuarios es ciertamente la obligación solidaria de reparar el daño y se impone a los varios intervinientes en el proceso productivo, desde el fabricante al vendedor, y se establece precisamente esta pluralidad de responsables en protección al consumidor evitándole que tenga que dirigirse a un posible fabricante desconocido o extranjero. Esta idea la ha mantenido la Directiva en cuya exposición de motivos expresa: «la protección del consumidor exige que todo aquel que participa en un proceso de producción, deba responder en caso de que el producto sea defectuoso...» y añade: «la responsabilidad debiera extenderse a todo el que importe productos en la Comunidad y a aquellas personas que se presentan como productores...». Por lo cual, conforme a lo previsto por el artículo 1144 del Código civil el consumidor puede dirigirse contra las personas conocidas que, en el presente caso son el importador y el distribuidor; lo que es correcto y no supone infracción del artículo 27 de la Ley de consumidores y usuarios (RCL 1984, 1906), sino todo lo contrario, supone su adecuada aplicación al caso y se debe desestimar el motivo primero de este recurso de casación. En este motivo, se pretende imputar la responsabilidad al fabricante: no se pone en duda, pero aquel artículo impone la responsabilidad solidaria del importador; asimismo, parece imputar la responsabilidad a los perjudicados, lo que no consta como probado en las sentencias de instancia; por último, cita sentencias de esta sala, que conviene examinar: la de 25 de junio de 1996 (RJ 1996, 4853) atribuye la responsabilidad al fabricante y al vendedor de una cuna, por más que haya alguna reflexión sobre la culpa; la de 19 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6719) estimó el recurso de casación y absolvió el fabricante de un vehículo de motor porque, dice literalmente: «el resultado de la prueba practicada no ha podido evidenciar que el accidente pudiera haber sido debido a un defecto de fabricación...» lo que excluye el nexo causal, sin relación con la culpa; la de 4 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7034) desestima el recurso contra la sentencia de instancia en el caso de la explosión de una botella de cerveza en que había condenado a la empresa

En cualquier caso, hay que diferenciar entre la responsabilidad del fabricante o servicio técnico del mismo proveedor o fabricante, de los servicios postventa. En la práctica cotidiana se suele confundir, aunque son obligaciones diferentes. El servicio postventa se refiere en el ámbito de los contratos de distribución a enseñar cómo funciona el producto, a la solución de pequeños problemas de la puesta a punto del mismo o de su iniciación, pero nada tiene que ver con un servicio de reparación o de servicio técnico en sentido estricto⁵⁵².

3.8.3 Actuación ante terceros.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 545-14.2 de la PALCM, el distribuidor debe de indicar en la documentación mercantil que expida, en los rótulos o logotipos que utilice y en la publicidad que realice su condición de empresario independiente, así el distribuidor deberá de identificarse independientemente del proveedor en los contratos que suscriba con terceros o incluso en su propia página web.

En cualquier caso, esa identificación en el mercado como empresario independiente deberá de realizarla el distribuidor sin menoscabar la identidad de la red de distribución a la que pertenezca.

Recordar finalmente que en relación con esta materia se han producido

fabricante de la misma y se había desestimado la demanda contra el comercio que la había vendido al consumidor.”

⁵⁵² CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág.75.

también interesantes pronunciamientos del TJUE sobre el empleo de las marcas permitidas en caso de entidades no integradas en la red de distribución, que se distinguirían del supuesto aquí referido⁵⁵³.

3.8.4 Defensa de los intereses del proveedor.

Los contratos de distribución pueden establecer una serie de directrices mínimas para que el distribuidor defienda los intereses del proveedor. Así, el distribuidor puede estar autorizado para llevar a cabo acciones frente a terceros para defender la imagen, competencia o marca del proveedor y con posterioridad ser recompensado de los gastos por el proveedor.

En la mayoría de los casos, se suele confeccionar un sistema de avisos para que el distribuidor comunique al proveedor las posibles agresiones de terceros a los intereses del proveedor⁵⁵⁴. Siendo en pocas ocasiones al revés, aunque la libertad de pactos no excluye que se puedan establecer, especialmente en materia de contratos de compra o venta en exclusiva.

Con independencia de que se establezca en el contrato de distribución en exclusiva este tipo de cláusula, la no comunicación de posibles agresiones a los derechos, marcas o imagen de una de las partes, sin la que la otra ponga en conocimiento los hechos, puede derivar en la resolución del contrato al incumplir los deberes generales que rigen este tipo de relación comercial, es

⁵⁵³ STJUE de 23 de febrero de 1999, (C-63/97), Bayerische Motorenwerke AG (BMW) y BMW Nederland BV/Ronald Karel Deenik.

⁵⁵⁴ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 72.

decir, la buena fe y el deber de información constante entre las partes⁵⁵⁵. A este respecto, debe tomarse consideración lo preceptuado en el artículo 545-9.4 de la PALCM la cual establece como obligación del distribuidor el comunicar al proveedor con la mayor antelación posible las circunstancias que puedan afectar a la actividad comercial, a la imagen y la salvaguarda de la propiedad intelectual de sus productos o servicios, así como al acceso de los consumidores a éstos.

4. Extinción del contrato.

Los artículos 545-18 a 545-23 de la PALCM regulan las distintas modalidades de duración de los contratos de distribución en exclusiva, así como los términos y condiciones de resolución de los mismos.

En este sentido, la duración del contrato de distribución en exclusiva es un elemento esencial del mismo que debe determinarse por las partes y que resulta relevante para su desarrollo, así, el contrato de distribución exclusiva se configura como un contrato de tracto sucesivo puesto que no se agota con un único acto.

La reventa, suministro y distribución de los bienes y servicios objeto del contrato son elementos fundamentales de forma que la sucesión y reiteración de los mismos es una de las notas que lo diferencia de otras figuras contractuales afines como la compraventa. Si no fuera por esta reiteración de obligaciones sería muy difícil para las partes cumplir con la finalidad de máxima difusión de los bienes y servicios

⁵⁵⁵ CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 73.

objeto de la distribución exclusiva⁵⁵⁶.

No existe una duración mínima aplicable a todos los contratos de distribución exclusiva pues ésta deberá de adaptarse a las características del contrato y los bienes y servicios a distribuir, de forma que permita asegurar el cumplimiento de su finalidad, así como la estabilidad e independencia económica del distribuidor en un periodo de tiempo mínimo.

Según el artículo 545-18.1 de la PALCM, si no se fija una duración determinada se entiende que el contrato es indefinido, es decir, en el contrato de distribución en exclusiva caben tanto los contratos con una duración temporal determinada como los indefinidos⁵⁵⁷.

En los contratos de duración determinada el tiempo adquiere un interés no sólo en lo que afecta a las partes del contrato, sino también desde una perspectiva externa al mismo, así, la prolongación en el tiempo del contrato de distribución exclusiva puede afectar a su licitud por cuanto se trata de acuerdos verticales que pueden limitar la libre competencia por lo que su duración debe de ser justificada. En este sentido, cuanto mayor resulte el mantenimiento de determinadas restricciones verticales, aisladamente o combinadas con otras, menos probable resulta que

⁵⁵⁶ GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 347 y ss.

⁵⁵⁷ Artículo 545-18 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 545-18. Duración del contrato.

1, Si en el contrato de distribución no se hubiera fijado una duración determinada, se entenderá que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido.”

determinados acuerdos sean susceptibles de producir eficiencias, compensando los efectos anticompetitivos que producen en el mercado.

En los contratos de distribución en exclusiva la duración condiciona toda la estructura del contrato, afectando al compromiso principal de proveedores y distribuidores, de forma que los intereses de las partes sólo pueden ser satisfechos de forma reiterada por la otra parte. El mantenimiento de las relaciones contractuales durante un largo periodo de tiempo permite crear y fortalecer el deber de colaboración de las partes, así como otros deberes como el de previsión que tiene el proveedor a la hora de recepcionar pedidos y realizar entregas o la fijación y cumplimiento de los objetivos comerciales⁵⁵⁸.

La duración del contrato de distribución en exclusiva en cualquiera de sus diferentes formas afirma la importancia de la exclusividad e independencia de las partes dado que permite al distribuidor explotar a su favor y mantener una planificación estable sobre su contabilidad propia. Por el contrario, la duración del contrato pierde estas características cuando el distribuidor se integra en una red comercial dado que en gran parte depende de la voluntad y actividad en conjunto del resto de la red comercial⁵⁵⁹.

La duración del contrato también tiene incidencia sobre otros elementos anejos al

⁵⁵⁸ CRUZ RIVERO, Diego. “La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. El proyecto de Ley de contratos de distribución y la propuesta de Código Mercantil.” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pág.1.272; GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 354.

⁵⁵⁹ GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 353.

mismo y creados por el transcurso del tiempo como puede ser la amortización de las inversiones o la creación de una clientela estable.

La duración mínima del contrato vendrá determinada por lo que las partes establezcan, no obstante, la práctica recomienda que como mínimo tenga una duración que permita al distribuidor o proveedor amortizar las inversiones necesarias para poder ejecutar el contrato. En principio está prohibida por razones de orden público los contratos a perpetuidad de forma que en aquellos casos en que no se establece regla o criterio alguno para determinar la duración del mismo se presupone que es indefinido.

Las partes poseen libertad para determinar la duración del contrato, de tal manera que la distinción entre contratos de duración determinada e indeterminada se manifiesta en dos momentos diferentes. En primer lugar, aparece en el momento de conclusión del contrato, siendo una opción que se ofrece a las partes para que determinen o elijan la opción que más se adecue a sus intereses y, en segundo lugar, en el momento de la extinción del mismo. En este último punto es donde se ven realmente las diferencias entre una y otra modalidad contractual sobre todo en lo que respecta a los derechos indemnizatorios que podrían existir a favor del distribuidor.

Finalmente, el artículo 545.18 de la PALCM prevé la posibilidad de conversión de los contratos de duración determinada en indefinidos cuando una vez finalice su plazo de duración y las partes continúen ejecutando el contrato, ello sin perjuicio de que las partes puedan establecer límites a dicha conversión.

4.1 Extinción del contrato por tiempo determinado o indefinido.

Una gran mayoría de los conflictos que surgen respecto de los contratos de distribución en exclusiva se producen por motivos relacionados con la resolución del contrato⁵⁶⁰, siendo los motivos más frecuentes los relacionados con la denuncia unilateral y el plazo de preaviso de resolución contractual.

Salvo que las partes pacten cualquier otra cosa y en la medida en que resulte apropiado, la extinción del contrato de distribución en exclusiva se regirá por las normas contenidas en el CC al respecto del régimen general de extinción de las obligaciones, artículos 1.156 y ss. y, con carácter particular a los contratos de distribución en exclusiva, las normas previstas en los artículos 545-18 y ss. de la PALCM. Sobre este aspecto, se ha de destacar que la regulación de las obligaciones y contratos mercantiles general prevista en el Libro IV de la PALCM no prevé una regulación mercantil general para la extinción de los contratos, siendo dicha materia regulada con carácter particular para cada una de las figuras contractuales previstas en el Libro V de dicha propuesta normativa.

4.1.1 Acciones previas a la resolución de un contrato de distribución exclusiva.

Antes de analizar los casos en que las partes pueden resolver el contrato de distribución exclusiva o las distintas formas de terminación del mismo, debemos de analizar las acciones previas que pueden llevar a cabo las partes por falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por la parte incumplidora.

⁵⁶⁰ VAZQUEZ ALBERT, Daniel. “La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 153 y ss.

Así, cuando una de las partes incumpla sus obligaciones bajo el contrato de distribución exclusiva, la parte cumplidora puede exigirle el cumplimiento de dichas obligaciones y, en el caso de que la parte incumplidora persista en su incumplimiento, la parte cumplidora podrá instar la resolución del contrato.

Antes de la resolución del contrato se pueden llevar a cabo una serie de remedios contra el incumplimiento de las partes así, es habitual que en los contratos mercantiles se pacte que la parte que no haya cumplido su prestación en el plazo establecido, o lo haya hecho defectuosamente, ello no implique un incumplimiento esencial del contrato, pudiendo subsanar a su costo el incumplimiento si lo hace en un plazo razonable.

Frente a cualquier supuesto de incumplimiento, la parte que es perjudicada por el incumplimiento puede conceder a la otra un plazo adicional razonable para que realice y cumpla con dicha obligación. Pasado dicho plazo adicional si el incumplidor no ha cumplido, aunque este incumplimiento no sea de un contenido esencial para el resto del contrato, la otra parte puede resolver el contrato dado el incumplimiento reiterado. En estos casos, la parte que es perjudicada por el incumplimiento de la otra puede suspender el cumplimiento de sus prestaciones mientras que la parte deudora no subsane las obligaciones incumplidas, además conserva el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado y que la subsanación de las obligaciones no pueda evitar al haberse producido de manera efectiva ya por no cumplir en plazo.

En este sentido, de conformidad con lo previsto en el artículo 412-10 de la

PALCM, la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato podrá recurrir a una operación de reemplazo siempre que lo haga en la forma y plazos razonables después de la resolución del contrato, en tal caso podrá exigir a la parte incumplidora la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento de cualquier otro daño adicional, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 412-10 de la PALCM⁵⁶¹.

Asimismo, en caso de incumplimiento, las partes pueden establecer un pago específico en el contrato a modo de penalidad y que sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento si otra cosa no se hubiere pactado en el contrato. La penalidad podrá ser una suma determinada o determinable y podrá ser modulada por el juez cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por la parte incumplidora, todo ello de conformidad con lo preceptuado en los artículos 1.152 y 1.154 del CC.

⁵⁶¹ Artículo 412-10 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 412-10. Operación de reemplazo.

La parte perjudicada por el incumplimiento del contrato podrá recurrir a una operación de reemplazo siempre que lo haga en forma y plazo razonables después de la resolución del contrato, en tal caso podrá exigir a la parte incumplidora la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento de cualquier otro daño adicional.”

4.1.2 Extinción del contrato por tiempo determinado.

La extinción de un contrato de distribución en exclusiva por tiempo determinado se produce cuando llegue a término el plazo establecido por las partes⁵⁶², salvo que exista algún tipo de cláusula que permita la prórroga del mismo o se acuerde entre las partes su renovación. En principio, la extinción del contrato por el transcurso del tiempo no da derecho a ningún tipo de compensación, puesto que, en virtud de la independencia entre las partes y la autonomía de la voluntad, ambos establecen la duración y término del contrato de forma que son conscientes del inicio y final, así como de las obligaciones y derechos que gozan durante un determinado periodo de tiempo.

El contrato de distribución exclusiva por duración determinada puede extinguirse de manera anticipada sin que se hubiera producido el término fijado entre las partes en el supuesto en que estas decidan su resolución a través del mutuo disenso⁵⁶³ o por una denuncia unilateral de una de las partes alegando una justa causa que justifique la resolución unilateral sin previo aviso del mismo. Así, las partes pueden establecer las causas justificativas de la resolución anticipada del contrato que consideren oportunas a parte de los motivos legales que puedan ser de aplicación.

Si las partes establecen que el contrato de distribución en exclusiva tiene

⁵⁶² GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 508.

⁵⁶³ GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 509.

una duración temporal es difícil justificar que sea admitida una resolución unilateral sin necesidad de invocar causa justificativa de la resolución, ya se trate de alguna causa legal o específica pactada por las partes⁵⁶⁴.

Esto se debe a que la denuncia unilateral para resolver anticipadamente el contrato sin causa en principio está establecida solamente para los contratos de duración indefinida, siendo en dichos contratos donde se regulan o definen las características y momentos para poder preavisar la resolución del contrato⁵⁶⁵.

En la práctica, los contratos de distribución en exclusiva con plazo de duración determinada suelen tener algún tipo de cláusula que establece los plazos en que las partes deben comunicar si desean continuar o renovar la relación contractual⁵⁶⁶. El preaviso en estos casos, pese a su falta de regulación expresa sirve para notificar la voluntad de no renovar el contrato y ponerle fin al mismo, de forma que no da pie a que se produzca la tácita reconversión. También sirve para aclarar los plazos de finalización por si se van a extender más allá del plazo inicial previsto de finalización y de qué

⁵⁶⁴ STS de 16 de marzo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº 2541/2013 (RJ 2016/858), Fundamento Jurídico IV:

(...) un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutivo de conducta desleal incurra en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios (...)."

⁵⁶⁵ Art.545-18 frente al art. 545-19 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

⁵⁶⁶ GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág.513.

forma⁵⁶⁷.

El primero de los requisitos para que se produzca la tácita reconversión es que ambas partes deban de continuar ejecutando sus prestaciones bajo el contrato, es decir, se requiere que no haya habido una declaración de intenciones por parte del proveedor o el distribuidor de finalizar la relación contractual y ambos continúen realizado y cumpliendo sus obligaciones derivadas del contrato.

Esta prolongación extra temporal no está exenta de interpretaciones contradictorias, de forma que la doctrina ha interpretado que los periodos de renovación van desde anualidades, campañas o tramos, a convertirse en indefinido de forma genérica⁵⁶⁸.

Hay que matizar que esta continuación del contrato debe basarse en la buena fe de las partes, de forma que no basta con que una parte aproveche la situación para prorrogar el contrato pero abusando de su posición de dominio y estableciendo unas condiciones más ventajosas para él y perjudiciales para la otra parte⁵⁶⁹. Esta intimidación supondrá un

⁵⁶⁷ STS de 15 de noviembre de 1999, Sala de lo Civil, Rec. nº 484/1995 (RJ 1999/8865). Fundamento Jurídico I:

“(…)envía a la otra parte nueva comunicación a fin de recordarle que el día 4 de octubre de 1992 quedará automáticamente resuelto el contrato de distribución, por cumplirse el año del preaviso que se consigna en la cláusula 29, y asimismo se hace referencia a la práctica de las liquidaciones y a la obligación de «Catalonia Motor» de retirar por su cuenta, de forma gratuita y total, cuantos anuncios, marcas, nombres, rótulos, anagramas o publicidad de la compañía tuvieran en sus locales (...)”.

⁵⁶⁸ GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 518.

⁵⁶⁹ STS de 30 de mayo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº 148/2014 (RJ 2016/2293), Fundamento Jurídico I, que expresa:

consentimiento viciado de la relación contractual, no obstante, no supone un único motivo para considerar el contrato nulo, sino que deberán de analizarse otros elementos y circunstancias del caso y por qué se produjo la prórroga del mismo.

Finalmente, llama la atención que la PALCM omita cualquier referencia a la renovación del contrato o prórroga del mismo, más allá de la regla de la tácita reconvencción. La falta de una cláusula en este sentido o algún tipo de enumeración de esta posibilidad beneficiaría sobre todo al distribuidor, al

“(…)- Este primer motivo casacional se formula al amparo del art. 477.2.2º LEC, por infracción de la doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 1.267 CC, en lo relativo al concepto de intimidación, como causa de nulidad de los contratos. Se citan como infringidas las sentencias de esta Sala núm. 4096/2103, de 29 de julio (realmente, debe referirse a la 497/2013), 894/2002, de 4 de octubre, y 854/1995, de 5 de octubre.

2.- Al desarrollar el motivo, se aduce que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe la doctrina jurisprudencial según la cual existe intimidación en el marco del tráfico mercantil cuando una parte suscribe, a petición de la otra, una modificación contractual que le perjudica, con el fin de evitar un perjuicio grave cuyo acaecimiento depende de la parte contraria. En particular, se argumenta que el distribuidor aceptó una modificación contractual que le era claramente perjudicial, al incrementar los precios de compra de la mercancía y hacerle participe de una mayor contribución a los gastos de publicidad y marketing, con el fin de evitar la pérdida del contrato de distribución.

Decisión de la Sala :

1.- Según el párrafo segundo del art. 1.267 CC, hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes. Es decir, la intimidación consiste en un estado de temor de sufrir un mal, injustamente provocado, que determina una declaración de voluntad, como medio de evitar el mal temido. De tal manera que al sujeto intimidado se le coloca en la tesitura de tener que elegir entre dos males: el mal con el que se le amenaza o el mal que supone concluir el contrato (que no se quiere, o no en esas condiciones). A su vez, la actuación de quien inspira el temor ha de ser ilícita, por contravenir las normas jurídicas o ejercerse abusivamente el propio derecho.

Conforme a tal caracterización, la jurisprudencia de esta Sala considera que hay intimidación cuando concurren los siguientes requisitos: 1) un contratante presta el consentimiento en un estado de temor racional y fundado; 2) este temor deriva de una amenaza de un mal cualificado; 3) nexo causal entre la amenaza y el consentimiento prestado; 4) la amenaza ha de ser dolosa o culposa; 5) la amenaza tiene carácter injusto; 6) ha de ser provocada por el otro contratante o por un tercero (sentencias de 25 de mayo de 1944 , 27 de febrero de 1964 , 31 de diciembre de 1979 , 22 de abril de 1991 , 21 de julio de 1993 , 4 de octubre de 2002 , 21 de octubre de 2005 y 20 de febrero de 2012 , entre otras muchas) (...)

ser en principio la parte más débil de la relación contractual. Pese a todo, su omisión legal puede deberse al principio de libertad contractual y autonomía de la voluntad. Además, la falta de regulación puede deberse también a que la compensación por clientela y daños y perjuicios puede otorgarse con independencia de la duración del contrato, de forma que se evita o se compensa que alguna de las partes quiera aprovecharse de la posición conseguida o ventajas obtenidas por la otra parte en la zona de exclusividad⁵⁷⁰.

4.1.3 Extinción del contrato por tiempo indefinido.

El artículo 545-19 de la PACLM regula el régimen de extinción de los contratos de distribución exclusiva por tiempo indefinido⁵⁷¹. Los contratos

⁵⁷⁰ GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 528.

⁵⁷¹ Artículo 545-19 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 545-19. Extinción del contrato por tiempo indefinido.

1.- El contrato de duración indefinida se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito.

2. El plazo de preaviso será de un mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes.

3. Las partes podrán pactar plazos mayores de preaviso, sin que el plazo de preaviso del distribuidor pueda ser inferior, en ningún caso, al establecido para el preaviso del proveedor.

4. El final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes.

5. Para la determinación del plazo de preaviso en los contratos por tiempo determinado que se hubieran transformado por ministerio de la ley en contratos de duración indefinida, se computará la duración que hubiera tenido el contrato por tiempo determinado, añadiendo a la misma el tiempo transcurrido desde que se produjo la transformación en contrato de duración indefinida.

de duración indefinida pueden catalogarse de tal forma ya sea porque las partes omiten establecer un plazo concreto de finalización o porque de manera expresa las partes han convenido que el contrato de distribución en exclusiva tenga una duración indefinida⁵⁷² o incluso por que las partes sencillamente no hayan formalizado por escrito su relación de distribución.

Para los contratos de distribución en exclusiva con carácter indefinido la PALCM establece una regla básica denominada “*preaviso*”⁵⁷³, consistiendo éste en una denuncia unilateral del contrato por una de las partes, debiendo de hacerse obligatoriamente por escrito⁵⁷⁴. En este sentido, el artículo 545-19.1 de la PALCM establece que el contrato de duración indefinida se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante

6. *El incumplimiento por una de las partes de lo establecido en este artículo en relación con el preaviso dará derecho a la otra parte a exigir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha causa.*”

⁵⁷² GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 564.

⁵⁷³ VAZQUEZ ALBERT, Daniel. “La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 153 y ss.

⁵⁷⁴ SAP de Madrid de 26 de mayo de 2004, Sección 14ª (AC 2004/1989). Fundamento Jurídico I, que expresa:

“1º. –*Previa y con carácter general porque el Juez de Instancia ha errado en la valoración de la prueba, y no ha tenido en cuenta la jurisprudencia aplicable al caso.*

2º. –*Ataca el fundamento jurídico segundo porque, en contratos como el de autos, no es correcto que baste con el preaviso para que se opere la resolución del contrato: es precisa la existencia de justa causa que la mantenga, y que se indemnice al concesionario.*

En su opinión no es cierto que se produjese la justa causa de resolución que aduce el Juez de Instancia. La razón esgrimida; la marcha de la concesión es incierta. Lo cierto y verdad, como demuestran los documentos N° 48 de la contestación a la demanda y N° 13 aportado con el escrito de proposición de prueba, es que la concesión funcionaba bien, y que en cualquier caso el mal funcionamiento no es bastante para la resolución: no es la causa grave y reiterada que exige la jurisprudencia. Termina este alegato con la pretensión de que la ausencia de justa causa de resolución es lo que origina su derecho de indemnización.”

preaviso por escrito.

De esta manera, ahondando en el concepto del preaviso, destacamos la SAP de Madrid de 26 de mayo de 2004, la cual lo define como una comunicación de la voluntad de resolver el contrato, estando el plazo de preaviso diseñado para la liquidación ordenada de las relaciones entre los contratantes⁵⁷⁵.

En lo que respecta al medio a través del cual se haría el preaviso, éste debe de realizarse de manera escrita, debiendo acreditarse la recepción del mismo de manera fehaciente y en cualquier caso de acuerdo con los principios de la buena fe⁵⁷⁶.

El preaviso debe cumplir con una serie de elementos mínimos para su validez, debiendo de ser emitido por una persona que este legitimada para ello y ser recibido por el obligado a soportarlo (en la mayoría de los casos es el proveedor quien lo dirige al distribuidor, aunque ambas partes pueden practicarlo). Respecto a la persona legitimada se admite el uso de representantes legales o voluntarios, pese a que los contratos de distribución en exclusiva tienen rasgos *intuitu personae*⁵⁷⁷.

Pese a que no se necesita alegar una justa causa para resolver el contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida, sino avisar con el debido

⁵⁷⁵ SAP de Madrid de 26 de mayo de 2004, Sección 14ª (AC 2004/1989).

⁵⁷⁶ SAP de Madrid de 20 de marzo de 2000, Sección 12ª, nº 191/2000 (JUR 2000/206726), Fundamento Jurídico V; STS de 30 de mayo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº 148/2014 (RJ 2016/2293), Fundamento Jurídico I.

⁵⁷⁷ GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 594 y ss.

tiempo, es importante que el preaviso se haga respetando los principios generales de los contratos de distribución y, en especial el principio de buena fe y colaboración entre las partes. Se trata de intentar evitar que se produzcan daños innecesarios por la resolución del contrato⁵⁷⁸.

La PALCM no especifica la forma en que deba de realizarse el preaviso más allá de su carácter escrito. Así, dado el carácter antiformalista del contrato en muchos de sus aspectos y los principios de buena fe y colaboración entre las partes que lo rigen, es de suponer que se admite cualquier modo válido de comunicación que permita tener constancia de que la otra parte ha recibido la información, con independencia de que ésta sea escrita.

El plazo de comunicación del preaviso es una condición *sine qua non* de la validez del mismo, de forma que permita a la otra parte prepararse para los efectos que va a tener la resolución del contrato de distribución en exclusiva⁵⁷⁹.

De esta manera, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 545-19.2 de la PALCM, el preaviso tiene que ser mínimo de un mes por cada año que haya durado el contrato, con un máximo de 6 meses. En el caso de que el contrato tenga una duración indefinida, pero haya estado en vigor por menos de un año, basta con un preaviso de un mes. Así, el legislador toma partido sobre lo que se considera un tiempo suficiente de acuerdo a la duración del

⁵⁷⁸ GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 600.

⁵⁷⁹ GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 617.

contrato evitando que sean los tribunales los que entren a valorar si el plazo de preaviso fue suficiente o no para no causar daños a la parte que lo recibe independientemente de las circunstancias del caso concreto. No obstante, cuestión distinta es que el preaviso permita al distribuidor exclusivo amortizar las inversiones realizadas, pues en caso de que no haya podido amortizarlas tendrá derecho a ser indemnizado de conformidad con lo preceptuado en el artículo 545-21 de la PALCM⁵⁸⁰.

El artículo 545-19.3 de la PALCM permite establecer tiempos superiores de preavisos a los previstos en el artículo 545-19.2 de la PALCM (un mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses), pero éste debe ser igual para ambas partes en virtud del principio de no discriminación y trato igualitario entre las partes, así como sin perjuicio de la posibilidad de considerar dicha cláusula como abusiva.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 545-19.4 de la PALCM, el preaviso debe de coincidir con el último día del mes. Se trata de una norma general que las partes pueden modificar y establecer como prefieran.

Por otro lado, en aquellos contratos de distribución exclusiva que se han convertido en indefinidos por el mero paso del tiempo al continuar las partes cumpliendo con sus obligaciones una vez finalizado el plazo temporal que

⁵⁸⁰ A este respecto, destaca la redacción del artículo 545-21.1 de la PALCM que prohíbe que los contratos de distribución exclusiva de duración indefinida sean resueltos anticipadamente antes de que haya transcurrido un plazo razonable de amortización de las inversiones específicas impuestas o instruidas por el proveedor y realizadas para la ejecución del contrato salvo que, quien denuncia el contrato, ofrezca el pago de la amortización pendiente de realizar.

ambos hubieran establecido⁵⁸¹ (tácita reconducción), el artículo 545-19.5 de la PALCM establece que para la determinación del plazo de preaviso en estos supuestos se computará la duración que hubiera tenido el contrato por tiempo determinado, añadiendo el tiempo transcurrido desde que se produjo la transformación en contrato de duración indefinida.

El incumplimiento por parte del proveedor o del distribuidor de los plazos de preaviso para finalizar el contrato da derecho a la otra parte a exigir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos⁵⁸². Esta indemnización regulada en el artículo 545-19.6 de la PALCM pretende compensar a la parte que recibe el preaviso al objeto de que pueda adaptarse a la nueva situación generada por la resolución imprevista del contrato.

En este sentido, dicha indemnización debe contener no solo los daños y perjuicios que se hayan ocasionado por la resolución anticipada o sorpresiva del contrato de distribución exclusiva sino también por el lucro cesante, incluida la frustración de expectativas sobre clientela, amortización de las inversiones realizadas (entre los que se encuentran los gastos laborales), pérdidas de oportunidad, etc⁵⁸³. Es decir, se trata de colocar a la parte cumplidora en aquella situación patrimonial en que se encontraría si el

⁵⁸¹ VAZQUEZ ALBERT, Daniel. “La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 170.

⁵⁸² STS de 15 de marzo de 2011, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1463/2007 (RJ 2011/3321):

“1) El juicio se centró en la naturaleza y contenido del contrato que unía a las partes; la resolución contractual por modificación unilateral del contenido del contrato por la demandada; y la consecuente indemnización de daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato.”

⁵⁸³ STS de 9 de julio de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2343/2001 (RJ 2008/4369).

contrato no se hubiera resuelto ilegalmente⁵⁸⁴. Los problemas son desde luego de prueba pues los daños habrán de acreditarse.

4.1.4 Otros supuestos de extinción.

El artículo 545-20 de la PALCM regula otros supuestos de extinción del contrato de distribución en exclusiva, en particular establece que cada una de las partes de un contrato de distribución pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento sin necesidad de preaviso cuando la otra parte hubiera incumplido, total o parcialmente, alguna de las obligaciones esenciales del contrato, o hubiera sido declarada en concurso de acreedores y así se hubiera pactado⁵⁸⁵.

Como explicamos anteriormente, las partes pueden pactar establecer las cláusulas de resolución anticipada del contrato de distribución exclusiva que estimen oportunas, estas cláusulas pueden consistir desde criterios circunstanciales derivados de la aplicabilidad del contrato a otros derivados

⁵⁸⁴ SAP de Cantabria de 20 de septiembre de 2002, Sección 4ª (AC 2002/1730).

⁵⁸⁵ Artículo 545-20 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 545-20. Otros supuestos de extinción.

1. Cada una de las partes de un contrato de distribución pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento sin necesidad de preaviso cuando la otra parte hubiera incumplido, total o parcialmente, alguna de las obligaciones esenciales del contrato, o hubiera sido declarada en concurso de acreedores y así se hubiera pactado en el contrato.

2.-Se entenderá que el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción.”

de la productividad, trato con terceros, etc⁵⁸⁶.

Asimismo, las partes también pueden acordar establecer cláusulas de resolución anticipada en referencia al accionariado de cada una de las partes (cláusulas de resolución anticipada en casos de cambio de control), también en caso de que se produzcan cambios respecto del lugar de procedencia o fabricación de los bienes o servicios, incremento de los gastos o cambios en las circunstancias de envío de los bienes, incumplimientos derivados del régimen de exclusividad pactado, etc.

Al basarse los contratos de distribución exclusiva en unos criterios personales, la mutación de los mismos puede hacer que se pierda la confianza entre las partes o en los bienes y servicios objeto de distribución, de forma que se puede declarar resuelto el contrato si se produce un incumplimiento respecto de dichas circunstancias.

Estos otros supuestos de extinción pueden ser establecidos tanto para los contratos temporales como para los indefinidos. En el caso de estos últimos, si sucede el supuesto contemplado en el contrato, no será necesario un preaviso al haberse cumplido la cláusula pactada entre ambos, funcionado ésta como resolutoria⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ STS de 18 de marzo de 2004, Sala de lo Civil, Rec. nº 1360/1998 (RJ 2004/2147).

⁵⁸⁷ Dentro de las condiciones resolutorias, la jurisprudencia ha resuelto pronunciamientos de todo tipo. La mayoría de estas se basan en incumplimientos contractuales de alguna de las partes como: el incumplimiento del pago del precio de compra de los productos de la fabricante (STS de 3 de diciembre de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº 2925/2003 (RJ 2009/670)); que el distribuidor no respete la exigencia contractual de exclusividad (STS de 25 de marzo de 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº 459/2006 (RJ

La PALCM nos muestra como ejemplo de otros casos de extinción de los contratos el supuesto de declaración de concurso de acreedores de cualquiera de las partes si así lo hubieran pactado⁵⁸⁸. En estos casos, se debe de tomar en consideración el artículo 156 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal., que establece el principio general de vigencia de los contratos en el marco del concurso, estableciendo que dicha declaración no es causa de resolución anticipada del contrato y que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

Si bien estaríamos ante una causa de resolución del contrato con una cobertura legal, esto resulta a nuestro juicio contradictorio con el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley Concursal, por lo que entendemos que en el marco de un concurso de acreedores difícilmente se pueda resolver el contrato de distribución exclusiva alegando dicha cláusula y más si dicho contrato es esencial para mantener la actividad de la empresa concursada.

Cuestión distinta sería el alegar un incumplimiento por parte de la empresa concursada como causa de resolución del contrato, en dicho supuesto debemos de acudir a las reglas preceptuadas en el artículo 161 del Texto Refundido de la Ley Concursal, debiendo de ejercitarse dicha acción de

2010/2530); o volumen inferior a los objetivos establecidos (STS de 8 de noviembre de 1995, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1315/1992 (RJ1995/8637).

⁵⁸⁸ VAZQUEZ ALBERT, Daniel. “La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 172 y ss.

resolución ante el juez del concurso y sustanciándose por los trámites del incidente concursal.

Queda abierto el problema interpretativo sobre si el nuevo clausulado que se establece para el contrato de agencia al respecto de poder resolver el contrato en caso de declaración de concurso del principal sería o no de aplicación⁵⁸⁹ al contrato de distribución exclusiva o en su defecto sería aplicable la doctrina y jurisprudencia previa a la PALCM. De tomar en cuenta los criterios anteriores, en los contratos de distribución en exclusiva ya sean por tiempo indefinido o determinado, el legislador prevé de forma expresa que cualquiera de las partes pueda dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin que tenga que mediar preaviso siempre que la otra parte haya sido declarada en concurso⁵⁹⁰.

El no adoptar un criterio análogo en la PALCM o unas reglas comunes a los contratos de colaboración puede basarse en que no existían criterios justificativos para extender dicho privilegio a todos. Es decir, que los

⁵⁸⁹ El art. 577-17 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es, expresa:

“En caso de concurso del cliente, el agente se abstendrá de efectuar el pago al vencimiento de los créditos, salvo autorización de la administración concursal que, en interés del concurso, de haberse resuelto el contrato, lo rehabilite conforme a la normativa concursal u obre en poder del agente provisión de fondos suficiente para el pago de los créditos confirmados por el agente.

En ningún caso podrán ser objeto de rescisión las provisiones de fondos en poder del agente por los importes que representen obligaciones irrevocables a cargo del agente, en virtud y en ejecución del contrato de confirmación financiera.”

⁵⁹⁰ VAZQUEZ ALBERT, Daniel. “La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 172.

agentes tengan dicho privilegio se basa en que están más expuestos que el resto de empresarios a lo que suceda con el principal, de lo que está el distribuidor respecto al proveedor o viceversa al tener ambos independencia “teóricamente” uno del otro de manera total y plena⁵⁹¹.

Finalmente, pese a que no es necesario el preaviso para resolver el contrato en caso de producirse un supuesto de resolución anticipada, sí que es necesario notificar de manera fehaciente la voluntad de darlo por extinguido así como el motivo y justificación por lo que se hace, estableciéndose como fecha de resolución del contrato aquella en la que se produzca la recepción de la notificación de resolución del contrato, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 545-20.2 de la PALCM.

4.1.5 Colaboración en la liquidación del contrato.

La extinción del contrato de distribución comercial exclusiva no afecta a las disposiciones del mismo relativas al régimen de resolución de disputas pactado, las normas sobre el derecho aplicable, la confidencialidad, no competencia o a cualquier otro pacto que pueda resultar operativo después de finalizado el contrato, de esta manera, la PALCM establece en su artículo 545.22 ciertas reglas que deben de guiar la finalización del contrato entre el distribuidor y el proveedor y que pretenden la colaboración entre una y otra

⁵⁹¹ VAZQUEZ ALBERT, Daniel. “La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 173.

parte a los efectos de llevar a cabo una resolución ordenada del contrato⁵⁹².

A la vista de lo anterior, una vez finalizado el contrato de distribución en exclusiva por cualquier causa, el artículo 545-22.1 de la PALCM impone a las partes el deber de colaborar en la liquidación de su relación contractual, teniendo como origen este deber el principio de buena fe contractual que preside todo tipo de relación contractual.

Si bien las partes pueden pactar dentro del contenido del contrato las acciones que estimen oportunas a llevar a cabo en el supuesto de resolución del contrato por cualquier causa, el artículo 545-22.1 de la PALCM exige a las partes que adopten aquellas previsiones que, de acuerdo con la naturaleza y características del contrato, sean conformes a la buena fe, de tal manera que estas acciones a llevar a cabo para la liquidación del contrato son

⁵⁹² El art. 545-22 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

Artículo 545-22. Colaboración en la liquidación.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, terminado el contrato de distribución por cualquiera de las causas indicadas en este Código, los contratantes colaborarán en la liquidación de la relación contractual, adoptando aquellas previsiones que, de acuerdo con la naturaleza y características del contrato, sean conformes con la buena fe.

2. Las mercancías en poder del proveedor o del distribuidor, cuya producción o adquisición haya sido impuesta contractualmente, deberán ser adquiridas por el otro contratante al precio establecido en el contrato de distribución o, en su defecto, al precio de mercado teniendo en cuenta la depreciación del producto por obsolescencia o por el transcurso del tiempo.

3. Dentro de los tres meses siguientes a contar desde la fecha de extinción del contrato, el proveedor deberá retirar, a su costa, todo el material publicitario que hubiera entregado gratuitamente al distribuidor.

4. Extinguido el contrato, el distribuidor no podrá utilizar material publicitario alguno que induzca o pueda inducir a confusión sobre la permanencia del contrato de distribución, debiendo retirar de la denominación social, del rótulo del establecimiento y de cualquier material publicitario, toda indicación relativa a dicho contrato.

número apertus, pudiendo consistir en cualquier tipo de acción que, en el marco de la buena fe, sea necesaria para la liquidación de la relación contractual entre las partes.

La colaboración en la liquidación de la relación contractual afecta incluso a las partes más allá de su personalidad jurídica, es decir, éste deber de colaboración afecta incluso en los procesos de unión de empresas, escisión, liquidación u otro tipo de modificación⁵⁹³.

Si bien las acciones a llevar a cabo para la liquidación del contrato pueden ser variadas, el artículo 545-22.2 de la PALCM establece la obligación consistente en que aquellas mercancías en poder del proveedor o del distribuidor, cuya producción o adquisición haya sido impuesta contractualmente, deberán ser adquiridas por el otro contratante al precio establecido en el contrato de distribución o, en su defecto, al precio de mercado teniendo en cuenta la depreciación del producto por obsolescencia o por el transcurso del tiempo.

Esta obligación impuesta por la PALCM viene a reconocer el criterio de nuestra jurisprudencia que ha venido exigiendo la recompra de stock por

⁵⁹³ SAP de Girona de 21 de febrero de 2000, Sección 2ª, nº 105/2000 (AC 2000/194), que expresa en su Fundamento Jurídico I:

“(…)de aceptarse la instrumentalización de la distinta personalidad jurídica de las sociedades codemandadas en reconvención y autos acumulados, para eludir el cumplimiento de sus obligaciones frente a la Sociedad accionante ya que ello implicaría escudarse en el art. 7.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989\2737y RCL 1990\206) bajo una apariencia de legalidad, pero violando el contenido ético de dicho precepto, lo cual es vetado por el art. 6.4 del Código Civil que en este caso aboga por una reacción antiformalista frente a la concepción orgánica de la persona jurídica, dado el abuso o mal uso de la personalidad que en definitiva se propugna por la adherida a la apelación para abstraerse de las obligaciones derivadas de su propio actuar”.

parte del proveedor en los supuestos de resolución anticipada del contrato de distribución exclusiva y cuyo precio debe de satisfacerse conforme al precio de compra y no al de venta de los bienes y servicios⁵⁹⁴.

En este sentido, de forma general, las mercaderías que tengan las partes en su poder y que hayan sido objeto contractual deben de ser adquiridas por la otra parte a precio de venta o de compra según venga establecido en el contrato. El contenido de este artículo está pensado para beneficiar al distribuidor por la imposibilidad de continuar con la actividad comercial, de forma que para no perjudicar los derechos de marca y buena imagen del proveedor éste devuelve los elementos que vengán establecidos en la relación contractual, aunque se puede dar también en sentido contrario⁵⁹⁵.

El proveedor por la restitución de los bienes objeto del contrato no puede obtener un beneficio, es por ello que debe de comprar el stock sobrante al precio convenido en la venta o en su defecto al precio de mercado tal y como exige el artículo 545-22.2 de la PALCM.

Asimismo, una vez se encuentre extinguido el contrato, el distribuidor no puede utilizar el material publicitario que el proveedor le hubiera entregado o autorizado, dado que éste puede inducir o producir confusión a terceros y puede ser sancionado bajo las reglas de defensa de la competencia⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ STS de 19 de mayo de 2017, Sala de lo Civil, Rec. nº. 3085/2014 (RJ 2017/2228).

⁵⁹⁵ GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 442 y ss.

⁵⁹⁶ SAP de Zamora de fecha 5 de diciembre de 2014, Sección 1ª, nº. 194/2014 (AC 2015/82), Fundamento Jurídico II:

Dentro del material que puede inducir al error de terceros encontramos la denominación social y el rótulo del establecimiento, así como cualquier otro tipo de material publicitario que pueda hacer referencia al contrato de distribución extinguido.

Finalmente, se debe de destacar que estas obligaciones de colaboración no serán exigibles respecto de la parte cumplidora en los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento contractual.

4.2 Amortización de inversiones específicas.

El artículo 545-21 de la PALCM regula el derecho del distribuidor al respecto de la amortización de las inversiones que hubiera realizado para llevar a cabo la distribución en exclusiva de los productos del proveedor⁵⁹⁷. En particular, dicho

“(…) con la obligación de cesar en el uso de marca, pese a la resolución la demandada ha continuado presentándose en el ejercicio de su actividad como Taller de Servicio Oficial de MAN haciendo uso del logotipo y la marca MAN, de la reputación de las actoras, atrayendo para sí a una clientela MAN, confundida y engañada, en la creencia de que cuenta con el respaldo y garantía de calidad que el fabricante ofrece a sus clientes, cuando no es así al no haber superado las correspondientes auditorias de la fabricante de vehículos.”

⁵⁹⁷ Artículo 545-21 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 545-21. Amortización de inversiones específicas.

1. No obstante lo establecido en el artículo anterior, los contratos de distribución por tiempo indeterminado no podrán ser denunciados antes de que haya transcurrido un plazo razonable de amortización de las inversiones específicas impuestas o instruidas por el proveedor y realizadas para la ejecución del contrato salvo que, quien denuncia el contrato, ofrezca el pago de la amortización pendiente de realizar.

2. Se consideran inversiones específicas todas aquellas realizadas en cumplimiento del contrato de distribución o su desarrollo posterior que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo, total o parcialmente, para usos alternativos o que sólo puedan serlo con grave pérdida para el inversor.

artículo regula el derecho del distribuidor exclusivo a ser compensado por aquellas inversiones no amortizadas en aquellos supuestos en los que el proveedor hubiera resuelto unilateralmente el contrato de distribución por tiempo indefinido sin haber transcurrido un plazo razonable para la amortización de dichas inversiones.

Estamos ante una indemnización por daños producidos como consecuencia de la inoportuna terminación del contrato por parte del proveedor, por tanto, no se trata de una indemnización por una resolución abusiva del contrato, sino como consecuencia de la resolución inoportuna del mismo⁵⁹⁸.

De esta manera, si el proveedor extinguiera el contrato sin respetar el plazo de preaviso o el plazo prudencial para amortizar las inversiones instruidas, estará obligado a compensar las inversiones realizadas por el distribuidor exclusivo. Así, el distribuidor puede reclamar el resarcimiento de aquellos gastos e inversiones que el incumplimiento torna inútiles; o el pago de los intereses debidos como consecuencia de esas inversiones; o el de los gastos necesarios para la reposición de aquellos bienes o derechos que, estando en el patrimonio del acreedor antes del contrato, resultan destruidos por causa de la falta de ejecución del mismo. Sin embargo, el distribuidor no puede reclamar el beneficio que habría obtenido si el

3. La terminación del contrato sin respetar el plazo al que se hace referencia en el apartado primero determinará la obligación de indemnizar al distribuidor, o al suministrador, el valor de las inversiones específicas. Se exceptúan los casos en que el contrato se haya extinguido por incumplimiento esencial, o por cualquier otra justa causa para la terminación.

4. En la cuantificación de la indemnización por las inversiones específicas realizadas por el distribuidor se tendrán en cuenta las indemnizaciones del personal laboral que hubiera sido especialmente contratado por exigencias del contrato de distribución y del que se haya de prescindir por efecto de la extinción del contrato.”

⁵⁹⁸ MARTÍ MIRAVALLS, Jaume. “Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución. Estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas.” *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 285, 2012, págs. 95-136.

contrato se hubiera mantenido vigente, salvo que el proveedor hubiera incumplido alguna de sus obligaciones bajo el contrato.

La PALCM considera como inversiones específicas todas aquellas que no puedan ser aprovechadas de un modo efectivo y real ya sea total o parcial por la parte que las venía realizado de forma que no pueda darle un uso alternativo al destino contractual. También se considera dentro de estos supuestos aquellas inversiones que sí que puedan ser aprovechadas por la parte no denunciante pero que para ello deba suponer una grave pérdida económica. Es decir, como inversiones específicas se considera a todas aquellas que pierden su valor cuando finaliza el contrato de distribución en exclusiva⁵⁹⁹. Estas inversiones amortizables se dan cuando el principal induce o impone a la otra parte a realizar dichas inversiones para realizar la actividad, es decir, dependiendo del grado de libertad que poseían el proveedor y el distribuidor o la forma en que estaban insertos cada uno de ellos en la red comercial, los conceptos indemnizatorios serán mayores o no.

El mismo concepto de inversiones específicas implica una relación de causalidad entre la conducta de una parte que denuncia de forma anticipada la relación jurídica que había entre ambos, con o sin justa causa dependiendo del tipo de contrato que se trate, produciendo una serie de daños y perjuicios a causa del ejercicio, de esta manera, la norma general es que la indemnización por

⁵⁹⁹ La STS de 30 de mayo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº. 148/2014 (RJ 2016/2293) en su Fundamento Jurídico VI:

“(…) no son inversiones amortizables, a estos efectos, los gastos inherentes a las ventas, de manera que una vez que el distribuidor ya no vende los productos distribuidos - precisamente como consecuencia de la extinción del contrato-, no incurre en ellos.”.

inversiones específicas se otorgue en base a los criterios de daños emergentes de acuerdo a los artículos 1.101 y 1.106 del CC⁶⁰⁰.

Asimismo, para que haya derecho a la indemnización es necesario que existan inversiones amortizables y que dichas inversiones se hubieran realizado como consecuencia de la expectativa generada al distribuidor de desarrollar la distribución de los productos del proveedor.

Como ya comentamos anteriormente, estas inversiones son aquellas instruidas y realizadas en interés del negocio principal y que no pueden ser aprovechadas de forma real y efectiva en otros usos, no tienen posibilidad de reventa o que ocasionen una pérdida de forma grave al inversor. A *sensu contrario* no tienen esta consideración aquellas inversiones ya amortizadas o que se supone que lo están conforme a la fiscalidad y sus reglas de amortización, así como las inversiones que de forma genérica se realicen⁶⁰¹.

En cuanto a la cuantificación de la indemnización, tal y como establece el artículo 545-21.4 de la PALCM, ésta alcanzará no sólo el importe de las inversiones pendientes de amortizar sino incluso el coste de las indemnizaciones del personal del distribuidor que debiera de ser despedido como consecuencia de la terminación anticipada del contrato de distribución.

Finalmente, la PALCM establece dos excepciones a la obligación del proveedor

⁶⁰⁰ GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 774.

⁶⁰¹ ZURITA HERRERA, Pedro. “Duración y extinción del contrato de distribución en el Proyecto de Ley del Contrato de Distribución”. *Revista de Derecho Patrimonial*. Ed. Aranzadi, N° 29, 2012, pág. 379.

de indemnizar las inversiones específicas no amortizadas, la primera de ellas, en el supuesto de que en el momento de la resolución anticipada el proveedor ofrezca al distribuidor el pago de las inversiones y, en segundo lugar, el supuesto en el que la resolución del contrato se deba a un incumplimiento esencial de las obligaciones del distribuidor bajo el contrato de distribución exclusiva o se deba a cualquier otra causa de resolución del contrato prevista por las partes.

4.3 Compensación por clientela.

4.3.1 Preliminar.

El artículo 545-23 de la PALCM regula el régimen de compensación por clientela en el supuesto de extinción (terminación) del contrato de distribución en exclusiva⁶⁰², reconociéndole al distribuidor dicha compensación con carácter excepcional y siempre y cuando se cumplan

⁶⁰² Artículo 545-23 de la Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid, marzo 2018. Se puede consultar su contenido en la página Web del Congreso: www.congreso.es.

“Artículo 545-23. Compensación por clientela.

1. Al término del contrato de distribución, el proveedor no estará obligado a compensar al distribuidor por la clientela que éste hubiera podido generar durante la relación contractual.

2. Excepcionalmente, el distribuidor tendrá derecho a una compensación cuando sea equitativamente procedente y pruebe la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes: a) Que por las características del contrato suscrito, la actividad desarrollada y el exclusivo esfuerzo del distribuidor se haya incrementado de manera sustancial el tipo de operaciones o el número de clientes y sea razonable presumir que el proveedor puede seguir obteniendo ventajas sustanciales de esta clientela; b) Que el distribuidor haya facilitado al proveedor un listado de clientes que genera al proveedor una ventaja competitiva; c) Que exista un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato, no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor.

El pacto de no competencia se limitará a los bienes y servicios, canales de comercialización y área territorial determinados en el contrato y no podrá tener una duración superior a un año.”

alguna de las circunstancias previstas en la PALCM. En este sentido, hay que partir de la base de que las reclamaciones en relación con la compensación por clientela dan lugar al mayor número de pronunciamientos judiciales respecto del contrato de distribución exclusiva⁶⁰³. No obstante, siendo la más importante, no es la única compensación que el distribuidor puede reclamar, pudiendo hacerlo por concepto de cualquier tipo de daño y perjuicio que se le hubiera producido tal y como hemos analizado anteriormente⁶⁰⁴.

La indemnización por clientela se diferencia de otras acciones instadas con ocasión de la terminación del contrato en varios aspectos. En particular, si la comparamos con la indemnización por las inversiones específicas no amortizadas, la compensación por clientela no se concreta a las inversiones o gastos practicados hasta el momento de la terminación del contrato, aunque comparta con ésta algunos aspectos. Así, por ejemplo, ambas

⁶⁰³ STS de 22 de marzo de 1988, Sala de lo Civil (RJ 1988/2224); STS de 16 de marzo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 2541/2013 (RJ 2016/858); STS de 7 de octubre de 2016, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 1627/2014 (RJ 2016/4738), entre otras.

⁶⁰⁴ Otra de las acciones que son comunes es la reclamación de los descuentos o rappels, esta acción mantiene muchos elementos comunes con la acción por compensación por clientela como es que se otorgue en base al número de clientes u operaciones efectuadas. No obstante, esta acción no tiene por qué darse automáticamente en todos los contratos y de ahí su no inclusión o menor importancia respecto a la compensación por clientela, puesto que este tipo de reclamación solo puede darse en ciertos tipos de contratos de distribución en exclusiva, es decir, en aquellos en que el distribuidor goce de ciertas ventajas o descuentos o que le otorguen ingresos o beneficios como rappels, que en caso de incumplimiento puede reclamar.

Otra de las acciones que también suelen darse en la práctica conflictual entre proveedor y distribuidor es la reclamación y devolución de depósitos, de forma que es una reclamación de recobrar o retener la posesión, teniendo esta acción un plazo de prescripción para su interposición de un año de acuerdo al 1.968 del CC.

En GRAS SAGRERA, Jordi. “Los contratos de distribución y la resolución de conflictos: jurisdicción y arbitraje”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág.259.

indemnizaciones comparten: la posible previsión o no de las causas o formas contractuales de compensación, la interrelación con el tiempo de duración del contrato, una metodología específica para determinar los elementos a considerar en su cuantificación, entre otros ⁶⁰⁵.

Puede considerarse, en un sentido, que la clientela lo es propiamente del distribuidor y no del proveedor, si se considera que los clientes contratan con aquél y aunque la relación gire en torno a un producto concreto del proveedor, el cliente, al contratar, no toma en cuenta sólo la calidad o características de ese producto, sino otros factores relativos al empresario como son la solvencia de éste, su reputación comercial, los precios que ofrece, las facilidades de pago, el modo de cumplir sus obligaciones, el comportamiento que adopta ante el cumplimiento ajeno, etc., todo lo cual hace que la clientela, más que de un producto, lo sea de un empresario, y que éste, terminada la relación de distribución exclusiva, tenga margen suficiente para sustituir el producto que distribuía por otro parecido al que hasta entonces revendía. Pero, evidentemente, esto no es predicable de la generalidad de los casos. Pensemos, por ejemplo, en marcas de lujo o de prestigio respecto de las cuales el cliente es atraído por estas y no por el distribuidor⁶⁰⁶.

Volviendo a la propuesta, se debe de partir del contenido del artículo 545-23 de la PALCM, según dicho precepto no es obligatorio que cuando se

⁶⁰⁵ GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs.780 y ss.

⁶⁰⁶ ARROYO APARICIO, Alicia. “Productos de lujo y distribución a través de plataformas de internet desde el Derecho Europeo de la Competencia (TJUE C-230/16, Asunto Coty)”. *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, Nº. 1, 2019, págs. 663 – 670.

termine un contrato de distribución exclusiva el distribuidor sea compensado por la clientela que éste hubiera podido generar, pues inicialmente para que sea compensado deben de haberlo pactado las partes. Como el resto de cláusulas del contrato, la cláusula de compensación al distribuidor exclusivo debe redactarse o establecerse de forma clara, puesto que en el caso de no presentar una interpretación literal y clara no será posible concluir que debe ser compensado de manera automática⁶⁰⁷.

Esta falta de compensación automática se basa en la independencia y riesgo que las partes asumen al firmar el contrato. Y en la propia naturaleza de la consideración de indemnización por clientela⁶⁰⁸. El proveedor no remunera al distribuidor, sino que éste obtiene su beneficio de su propia actividad, en la que asume los riesgos propios de la empresa. Puede así concluirse que la actividad del distribuidor beneficia al proveedor, pero sin empobrecimiento propio. Sucede, como en otros muchos supuestos, que una determinada actividad, además de enriquecer al que la realiza, beneficia indirectamente a terceros, pero sin empobrecimiento correlativo del primero, en cuyo caso no ha lugar a indemnización.

No obstante lo anterior, el artículo 545-23 de la PALCM prevé de forma excepcional que se puede compensar los aumentos de clientela que el

⁶⁰⁷ STS de 7 de octubre de 2016, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 1627/2014 (RJ 2016/4738), Fundamento Jurídico I:

“16.5 Las partes acuerdan que la determinación del Contrato por cualquier causa exonera de toda responsabilidad a SMITH & NEPHEW en cuanto a posibles compensaciones económicas que pudieran corresponder al Distribuidor, incluidas cualquier tipo de indemnización y, en particular, la indemnización por clientela”.

⁶⁰⁸ MARTÍNEZ SANZ, Fernando. “La indemnización por clientela de los distribuidores”. *Congreso de Distribución Comercial y Derecho de la Competencia*. Madrid 2008, págs. 97 y ss.

distribuidor hubiera realizado⁶⁰⁹, este precepto legal es una plasmación de la doctrina jurisprudencial consolidada que reconoce puntual y casuísticamente una indemnización por daños y perjuicios a favor de los distribuidores fundada en la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa en la medida que éste se acredite.

Así, el artículo 545-23.2 de la PALCM prevé el derecho del distribuidor a ser compensado por la clientela generada siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- (i). Que por las características del contrato suscrito, la actividad desarrollada y el exclusivo esfuerzo del distribuidor se haya incrementado de manera sustancial el tipo de operaciones o el número de clientes y sea razonable presumir que el proveedor puede seguir obteniendo ventajas sustanciales de esta clientela.
- (ii). Que el distribuidor haya facilitado al proveedor un listado de clientes que genera al proveedor una ventaja competitiva.
- (iii). Que exista un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato, no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor.

Las dos primeras circunstancias son cláusulas normativas abiertas y que

⁶⁰⁹ BENEDITO TORRECILLA, Víctor. “Los aspectos económicos de las indemnizaciones por extinción del contrato de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 199 y ss.

requieren un análisis de los elementos entre el comienzo y final del contrato mientras que el tercero de los casos requiere de una cláusula de prohibición expresa en el contrato de dedicarse a la misma actividad.

La norma no establece que para que el distribuidor sea compensado se deban dar una sola de las circunstancias, pudiéndose darse todas, dos de ellas o una de ellas. En cualquier caso, no parece que pueda predicarse una relación directa entre el número de circunstancias que concurran en un supuesto y el importe a indemnizar, esto es debido a que las normas de valoración de la clientela vienen fijadas por la jurisprudencia y deberán de adecuarse al caso concreto, con independencia del número de circunstancias que puedan darse en defecto de pacto contractual en este sentido⁶¹⁰.

4.3.2 Criterios jurisprudenciales.

Nuestra jurisprudencia hasta la fecha ha reconocido en determinados casos la compensación por clientela a los contratos de distribución exclusiva con duración temporal o indefinida⁶¹¹.

De esta manera, si atendemos a los criterios de la jurisprudencia para la concesión de la indemnización por clientela en el ámbito de los contratos de

⁶¹⁰ STS de 19 de mayo de 2017, Sala de lo Civil, Rec. n.º 3085/2014 (RJ 2017/2228), en la cual el Tribunal Supremo zanja la discusión que existía sobre si la indemnización por clientela debe de calcularse por el margen bruto o neto recibido por el distribuidor.

⁶¹¹ DEVAUREIX, Jean, PATIÑO RIVERA, Natalia y PÉREZ FERNÁNDEZ, Patricia. “Dos visiones sobre la indemnización por clientela en los contratos de distribución. El proyecto de ley de contratos de distribución”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013, pág. 529.

distribución⁶¹², puede extenderse a los mismos tanto cuando se ha establecido en una cláusula de forma expresa como de forma tácita, siendo sus requisitos los siguientes conforme establece el Acuerdo de 20 de diciembre de 2005 de la Sala Primera del Tribunal Supremo⁶¹³:

- (i). Que exista identidad de razón, esto es, la creación de clientela y su existencia.
- (ii). Que sea generada por quien solicita la indemnización.
- (iii). Que resulte de aprovechamiento potencial para el principal.
- (iv). Que se examine en todo caso de quien resulta el cliente.

En cualquier caso, para que la compensación pueda darse en un contrato de distribución se requiere, como mínimo, que se extinga el contrato, ya sea por tiempo determinado o indefinido y que el distribuidor hubiera aportado nuevos clientes o hubiera incrementado sensiblemente las operaciones

⁶¹² MARTÍNEZ SANZ, Fernando. “La indemnización por clientela de los distribuidores”. *Congreso de Distribución Comercial y Derecho de la Competencia*. Madrid 2008, pág.590.

⁶¹³ Acuerdo del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2005, Sala de lo Civil, Acuerdo nº 3/2005 (JUR 2007/114357), el cual expresa:

“No procede en términos generales la aplicación analógica del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia a ningún otro supuesto ni puede resultar automática su aplicación a contratos tales como concesión, distribución y similares. No obstante los criterios que dicho artículo establece resultaran aplicables cuando exista identidad de razón, esto es, la creación de clientela y su existencia, generada por quien solicita la, indemnización, que resulte de aprovechamiento para el principal, examinándose en todo caso de quién resulta ser el cliente.”

VALLESPÍN PÉREZ, David. “Aspectos procesales de los contratos de distribución mercantil”. *Práctica de Tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*. Ed. La Ley, Nº 105, Noviembre-Diciembre 2013.

clientelares preexistentes a la celebración del contrato⁶¹⁴.

Por su parte, la jurisprudencia ha definido este criterio indemnizatorio en varias ocasiones pero queremos destacar la definición expresada en la STS de 16 de marzo de 2016, que define la indemnización por clientela en su Fundamento Jurídico IV, como “*concepto indemnizatorio el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria, cuya fijación, en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero, según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto*”⁶¹⁵.

Durante mucho tiempo, el Tribunal Supremo se mostró reacio a las peticiones de concesión de indemnización por clientela, amparándose en la libertad empresarial, la autonomía de las partes y en que no existía un régimen aplicable al mismo⁶¹⁶.

No obstante, el alto tribunal rompe con la doctrina anterior con su STS de

⁶¹⁴ VALLESPÍN PÉREZ, David. “Aspectos procesales de los contratos de distribución mercantil”. *Práctica de Tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*. Ed. La Ley, Nº 105, Noviembre-Diciembre 2013.

⁶¹⁵ STS de 16 de marzo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2541/2013 (RJ 2016/858).

⁶¹⁶ STSS de 30 de junio de 1964, de 21 de octubre de 1966, y de 21 de abril de 1974.

22 de marzo de 1988, que consagra la indemnización por clientela en favor del distribuidor utilizando como base de sus fundamentos de derecho materiales la figura del enriquecimiento injusto. Un enriquecimiento sin causa que obtiene el proveedor que continúa beneficiándose de la clientela conseguida por el distribuidor una vez se ha puesto fin a la relación contractual⁶¹⁷.

La STS de 22 de marzo de 1988 muestra con absoluta claridad que la indemnización por clientela es una respuesta judicial al enriquecimiento injusto del proveedor que tras terminar la relación contractual puede llegar a aprovecharse de la clientela generada o captada por el distribuidor durante la vigencia del contrato, siendo independiente que la terminación pudiera derivarse de la resolución unilateral del contrato o de la finalización del mismo por transcurso de su plazo prefijado.

Sin embargo, siendo desde entonces el criterio de aplicación consagrado a los contratos de distribución exclusiva, no ha sido de unánime aplicación por todos los tribunales ni en todas las modalidades contractuales.

No obstante, con la regulación del contrato de agencia a través de la LCA, los principios contenidos en la misma empiezan a servir como criterio interpretativo inspirador en cuanto a la regulación del contrato de

⁶¹⁷ STS de 22 de marzo de 1988, Sala de lo Civil (RJ 1988/2224); STS de 16 de febrero de 1990, Sala de lo Civil (RJ 1990/2754); STS de 15 de octubre de 1992, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 1709/1990 (RJ 1992/7823); STS de 17 de marzo de 1993, Sala de lo Civil (RJ 1993/2289); STS de 27 de mayo de 1993, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 2778/1990 (RJ 1993/3986); STS de 14 de febrero de 1997, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 509/1993 (RJ 1997/1418); STS de 12 de junio de 1999, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 4398/1997 (RJ 1999/4292); STS de 4 de octubre de 1999, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 236/1995(RJ 1999/7011).

distribución a los efectos de conceder al distribuidor la compensación por clientela sobre la base de una aplicación analógica de la LCA.

En este sentido, fuera de los supuestos en que exista pacto expreso⁶¹⁸, el distribuidor podrá tener derecho a ser compensado por la clientela generada dependiendo del supuesto y, en particular, dependerá de si se cumplen o no las condiciones para que nazca tal derecho, siendo dichos requisitos los siguientes:

- (i). En primer lugar, la indemnización por clientela no se otorga de manera automática, ni rigen automática o mecánicamente las reglas establecidas en el art. 28 de la LCA.
- (ii). El distribuidor debe probar la existencia de una aportación de clientela al concedente.
- (iii). Debe haber un simple potencial aprovechamiento por parte del empresario principal de la clientela generada por el distribuidor.
- (iv). Se deben tener en cuenta elementos concretos, como la integración o no del distribuidor en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente.

Como excepción, se descartan los supuestos en los que el cliente ha sido

⁶¹⁸ STS de 15 de enero de 2008, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 4344/2000 (RJ 2008/1393).

atraído por la marca y no por el esfuerzo del distribuidor⁶¹⁹, interpretación que en nuestra opinión genera inseguridad jurídica, pues saber cuándo estamos ante uno u otro caso podría resultar prácticamente imposible en, al menos, una gran parte de los supuestos, no obstante lo cual la carga de la prueba, como aspecto procesal, seguro resulta de enorme trascendencia en la práctica.

Una vez reconocido el derecho a la indemnización por clientela a favor del distribuidor, se ha de fijar la cuantía de la misma, lo que no puede hacerse sino a través de un informe pericial elaborado minuciosamente por un economista y, en este sentido, la jurisprudencia considera que el artículo 28 de la LCA ha de ser utilizado como criterio orientador para su determinación, de manera que, en vez de hacer el cálculo de la misma sobre las comisiones percibidas por el agente, se ha de atender a los beneficios netos obtenidos por el distribuidor, es decir, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez se hayan descontado los gastos e impuestos, no pudiendo ser calculado en base al margen comercial bruto, que resulta ser la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público. Por tanto, hablamos en términos de beneficio neto y no bruto⁶²⁰.

También existe jurisprudencia aparentemente contradictoria que niega la

⁶¹⁹ STS de 6 de noviembre de 2006, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 517/2000 (RJ 2006/9425); STS de 21 de marzo de 2007, Sala de lo Civil, Rec. n.º 1483/2000 (RJ 2007/2620).

⁶²⁰ STS de 20 de mayo de 2009, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 914/2005 (RJ 2009/3184); STS de 30 de mayo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 148/2014 (RJ 2016/2293); STS de 1 de marzo de 2017, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 2672/2014 (RJ 2017/611); STS de 19 de mayo de 2017, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 3085/2014 (RJ 2017/2228);

indemnización por clientela cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotética; existen dudas sobre su producción; o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso⁶²¹.

No obstante, cualquier atisbo de duda queda despejado a la luz de algunas de las sentencias más actuales, de las cuales destaca la dictada por el Magistrado ponente Orduña Moreno; la STS de 22 de julio de 2016⁶²², en la cual se expresa de forma inequívoca la existencia de una auténtica doctrina jurisprudencial en materia de indemnización por clientela en los contratos de distribución exclusiva que, conforme establece el art. 1.6 CC, integra el ordenamiento jurídico, al menos, en aspectos relativos a la extinción y los efectos de ésta sobre los contratos de distribución exclusiva. De esta manera, la STS de 22 de julio de 2016, exige del distribuidor que pretenda la compensación el probar la efectiva aportación de clientela, así como su potencial aprovechamiento por parte del proveedor, debiendo los tribunales de ponderar todas las circunstancias del caso y en especial el nivel de integración del distribuidor en la red comercial del proveedor.

Finalmente, debe de destacarse que el TS no considera viables las indemnizaciones por lucro cesante y por daño moral en los casos de

⁶²¹ STS de 6 de septiembre de 1991, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 1598/1989 (RJ 1991/6045); STS de 15 de octubre de 1992, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 1709/1990 (RJ 1992/7823); STS de 18 de septiembre de 2007, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 4426/2000 (RJ 2007/5445).

⁶²² STS de 27 de mayo de 2015, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 1579/2013 (RJ 2015/2485); STS de 22 de julio de 2016, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 2009/2013 (RJ 2016/3447).

resolución unilateral por el proveedor con falta de preaviso⁶²³.

4.3.3 Incremento del número de operaciones o clientes.

Tal y como hemos analizado, el incremento del número de operaciones o clientes es uno de los requisitos para que pueda concederse la compensación por clientela, requisitos que varía conforme a la naturaleza del contrato y la actividad que esté llevando a cabo el distribuidor.

Pese a tratarse de uno de los requisitos que prevé el artículo 545-23 de la PALCM para poder conceder la compensación por clientela al distribuidor, conforme a la redacción de dicho artículo, cabría la posibilidad de que aunque el distribuidor no hubiera incrementado el número de operaciones o clientela, pudiera tener derecho a dicha compensación, ello se produciría en el supuesto en que existiera una cláusula de no competencia post-contractual que impidiera al distribuidor hacer competencia al proveedor en el territorio de exclusiva⁶²⁴.

En este sentido, procede recordar la regulación en el PLCD sobre la compensación por clientela, en la cual para que se reconociera al distribuidor dicha compensación se debían de cumplir dos requisitos, por un

⁶²³ Así lo establece el TS en su STS de 22 de junio de 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº 838/2006 (RJ 2010/5408), en que establece que el plazo de preaviso de un mes sería suficiente para que el distribuidor pudiera reconducir su actividad tras la ruptura del contrato. No obstante, y siendo aplicable como criterio orientativo el del art. 25 LCA a los contratos de distribución, en la STS de 19 de julio de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2451/2014 (RJ 2016/3210), se fija como plazo de preaviso mínimo para resolver sin faltar a la buena fe, en un contrato de casi 20 años de antigüedad, el de *una anualidad* –en este último caso, no obstante, no se solicita la indemnización por clientela, sino por daños y perjuicios.

⁶²⁴ARRUÑADA PARDO, María. “Publicado en el BOCG el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución”. *Boletín Mercantil*, nº 6, Albiñana & Suárez de Lezo, Abril-Junio 2011, págs. 18-19.

lado, que se hubiera incrementado sustancialmente el número de operaciones o el número de clientes produciendo ventajas sustanciales al proveedor, y, por otro lado, que existiera un pacto de no competencia post-contractual que impidiera al distribuidor competir con el proveedor.

Como vemos, la regulación prevista en la PALCM al objeto de conceder la indemnización por clientela al distribuidor es mucho más beneficiosa para éste que la prevista en el PLCD, pues con cumplir cualquiera de los requisitos previstos en el artículo 545-23.2 de la PALCM ya podría optar a ser compensado, incluso no habiendo generado clientela como consecuencia de la existencia de un pacto de no competencia post-contractual.

La PALCM no especifica el grado o número mínimo de clientes u operaciones que debe de aumentarse para que el proveedor deba de indemnizar al distribuidor pues únicamente califica dicho aumento como “sustancial”, de forma que se deja a la interpretación del tribunal juzgador si el incremento de la clientela y operaciones tiene o no la consideración de sustancial conforme a lo establecido en el artículo 545-23 de la PALCM. La inclusión de esta regla supone un cambio con respecto a la doctrina y jurisprudencia clásica, puesto que ya no es necesario diferenciar aquellos incrementos de clientes y operaciones por el influjo de la marca respecto de las actividades comerciales o publicitarias desarrolladas por el distribuidor⁶²⁵.

⁶²⁵La jurisprudencia clásica en este sentido sobre la aportación y captación de nuevos clientes decía lo siguiente, según la jurisprudencia del TS en la STS de 22 de junio de 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº 838/2006 (RJ 2010/5408):

Tendrá especial incidencia en aquellos casos en que el contrato se haya prolongado durante un largo periodo de tiempo de forma que el distribuidor haya podido desarrollar su actividad y generar clientela en el territorio de exclusiva.

También tendrá especial relevancia en aquellos casos en que el proveedor se reservó ciertos clientes de gran importancia o volumen en un determinado territorio y pese a ello, el distribuidor ha conseguido que el número de operaciones o clientes se incrementara.

Finalmente, para que pueda considerarse que el proveedor se beneficia de los clientes generados por el distribuidor estos deben mantenerse estables en el tiempo una vez terminada la relación contractual, de forma que las relaciones con clientes que se venían reiterando en el tiempo y que prestaba el distribuidor pueda realizarlas el proveedor u otro distribuidor exclusivo

“ni se alega por la recurrente esa integración en la red comercial de la demandada ni por el tribunal sentenciador se considera probado que los clientes de la marca de la demandada fueran captados directamente por la hoy recurrente, como tampoco que la demandada vaya a seguir beneficiándose de la clientela de la hoy recurrente.

3ª.- La captación de clientes por sí sola no genera el derecho del distribuidor a una compensación por clientela, pues constituye su principal obligación contractual, cuyo incumplimiento justificaría la resolución del contrato por el fabricante, y además aumenta las ganancias o beneficios del contrato para el distribuidor (STS de 18 de marzo de 2004, Sala de lo Civil, Rec. nº 1360/1998 (RJ 2004/2147).

4ª.- El argumento de que los clientes son de la marca y no del distribuidor tiene no poco de contradictorio con la tesis general de este motivo, pues si así fuera la clientela de la hoy recurrente se habría debido más al prestigio de la marca logrado por el fabricante que a su propia labor de distribución. Y si lo que en realidad quiere alegarse es que gracias a esta labor consiguió que la marca de la demandada penetrara en el mercado o ampliara considerablemente su cuota hasta el punto de que sus clientes se iban a mantener fieles a la marca aunque cambiara el distribuidor, tendría que haberlo probado”.

designado desde el momento en que se finaliza el contrato⁶²⁶.

4.3.4 Listado de clientes.

Otro de los requisitos previstos en el artículo 545-23.2 de la PALCM para que el distribuidor tenga derecho a la compensación por clientela es que el distribuidor haya entregado al proveedor un listado de clientes que generan al proveedor una ventaja competitiva.

El listado de clientes implica que el distribuidor mantenía o ha mantenido relación con los mismos mientras ha durado el contrato, teniendo dicho listado el carácter de antiformalista, aunque se presupone que debe de contener los datos básicos para que el proveedor pueda identificarlos correctamente.

Evidentemente, la mera entrega del listado de clientes no puede suponer para el distribuidor el derecho a obtener la compensación por clientela pues requiere, según lo previsto en el artículo 545-23.2 de la PALCM la

⁶²⁶Fundamento Jurídico I de la STS de 15 de enero de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº. 4344/2000 (RJ 2008/1393):

“Lo pedido en la demanda era la condena de la demandada a abonar a la actora la cantidad de 41.249.685 ptas. como indemnización de los daños y perjuicios causados por la rescisión unilateral y sin preaviso del contrato de distribución en exclusiva, así como a indemnizarla "por la clientela captada por el actor y de la que continúa disfrutando la demandada (enriquecimiento injusto)". Y en los fundamentos de derecho de la propia demanda la pretensión indemnizatoria se justificaba frente a la demandada "por cuanto (a) tras la resolución unilateral de la relación contractual se ha continuado aprovechando de la clientela captada por el Sr. Jesús Luis durante más de 9 años y ello implica un inadmisibles enriquecimiento sin causa; (b) porque la resolución se realiza sin preaviso, habiendo creado en el concesionario, poco tiempo antes de dicha decisión unilateral, unas buenas expectativas de trabajo; y (c) puesto que la resolución del contrato ha provocado en el agente la pérdida de los beneficios empresariales que se derivaban de la relación contractual que tenía con la demandada", citándose al respecto los arts. 1101, 1106, 1255 y 1258 CC”.

obtención de una ventaja competitiva, es decir, el proveedor debe de poder incrementar su base de clientes y así poder posicionarse en mejores condiciones respecto del resto de competidores en el territorio de influencia.

En cualquier caso, tal y como vimos anteriormente a la hora de analizar las obligaciones de información del distribuidor exclusivo frente al proveedor al respecto de la entrega de los registros contables auxiliares, en tanto que el listado de clientes puede contener datos relativos a personas físicas identificadas o identificables, la entrega del mismo debe de realizarse en cumplimiento de la normativa de protección de datos y, en particular, de lo estipulado en el artículo 6.1 a) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Así, para que el distribuidor pueda ceder el listado de clientes en el que se incluyan datos personales, la cesión de los mismos deberá de realizarse previo consentimiento de los interesados, pues de producirse una cesión de datos no consentida estaríamos ante un incumplimiento grave de la normativa sobre protección de datos.

Asimismo, el consentimiento de los titulares de los datos personales debe de ser explícito e inequívoco, para ello, ese consentimiento debe hacerse por bloques de tratamiento y no de forma global, además, es necesario identificar tanto a la empresa cedente como cesionaria de dichos datos. Debe

de destacarse que el consentimiento a la cesión de los datos es revocable en cualquier momento por los titulares de dichos datos personales.

No obstante, como excepción a la regla general prevista en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679, el artículo 21 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, el proveedor, en aquellos casos en los que adquiera los datos de los clientes del distribuidor en virtud de una operación de modificación estructural de sociedades o mediante la aportación o transmisión del negocio o de rama de actividad empresarial, siempre que los tratamientos fueran necesarios para el buen fin de la operación y garanticen, cuando proceda, la continuidad en la prestación de los servicios a los clientes del distribuidor, no requeriría del consentimiento de los clientes, sin perjuicio de las obligaciones de información que deberá facilitar el proveedor al cliente como nuevo responsable del tratamiento de conformidad con lo previsto en el artículo 14 del Reglamento (UE) 2016/679 anteriormente citado.

4.3.5 Prohibición de competencia post-contractual.

El último de los requisitos regulados en el artículo 545-23 de la PALCM que permiten al distribuidor obtener una compensación por clientela es la existencia de una cláusula de no competencia aplicable al distribuidor.

En este supuesto, no es necesario que el distribuidor demuestre que ha generado una clientela aprovechable para el proveedor, sino que el simple hecho de restringirle su capacidad para operar en el territorio de la exclusiva ya le permite acceder a dicha compensación.

La prohibición de competencia una vez finalizado el contrato de distribución exclusiva debe quedar plasmada en el propio contrato o en algunas de la comunicaciones que las partes hayan realizado⁶²⁷. En particular, este tipo de pacto puede darse en todas las modalidades contractuales de la distribución en exclusiva, ya sea como compra o venta en exclusiva, así como en aquellos casos en los que las partes hubieran expresado o delimitado una zona de exclusividad territorial.

De esta manera, las partes pueden establecer cualquier restricción a la competencia entre ellas siempre y cuando la duración de la misma no sea superior a un año y se limite a los bienes y servicios, canales de comercialización y área territorial definida en el contrato de distribución exclusiva tal y como exige el último párrafo del artículo 545-23 de la PALCM.

La prohibición de no competencia tiene como objetivo el permitir al proveedor consolidar su posición en el mercado y, en particular, con los clientes del distribuidor. A este respecto, las cláusulas de no competencia si bien inicialmente pueden ser restrictivas de la libre competencia, en tanto en cuanto su duración, ámbito geográfico y contenido no excedan de lo razonablemente necesario serán conformes a la normativa sobre defensa de

⁶²⁷ SAP de Barcelona de 23 de marzo de 2005, Sección 15ª, nº. 129/2005 (JUR 2005/125115), que expresa lo siguiente:

“Su contrato laboral incluía una cláusula de prohibición de competencia postcontractual durante los dos años siguientes a la terminación del contrato y, así mismo, la cláusula 8ª obligaba a la Sra. María Angeles a mantener estricta confidencialidad y no revelar las informaciones de que pueda tener conocimiento, relativas a los productos y sus características, la tecnología y la estrategia industrial o comercial utilizadas por la empresa, tanto durante la vigencia del contrato como después de extinguido.”

la competencia⁶²⁸.

Por otro lado, la prohibición de competencia sin una compensación o sin reunir determinados requisitos de aplicación ha sido interpretada como una forma de boicotear a la competencia. El boicot tiene su fundamentación en que a través de esta conducta (la prohibición de la competencia en este caso) se desarrolla un instrumento que permite al proveedor expulsar del mercado a uno o varios distribuidores para beneficio propio o beneficiar a unos distribuidores en perjuicio de otros⁶²⁹.

El boicot es una manifestación de una sanción a un determinado sujeto por razones de variada índole que no tienen que ser necesariamente económicas y puede darse a través de diferentes modalidades, siendo la prohibición de la competencia una mezcla entre el boicot directo e indirecto, dado que es una prohibición establecida en un contrato por un periodo de tiempo, que tiene como finalidad indirecta el perjudicar a un competidor al no permitirle acceder a sus clientes⁶³⁰.

⁶²⁸ Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución de 8 de abril de 2003, Expdte. A 313/02, Pacto Foodservice-Mercat; STS de 31 de julio de 2007, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Rec. nº 899/2007 (RJ 2007/5093).

VALLESPÍN PÉREZ, David. “Aspectos procesales de los contratos de distribución mercantil”. *Práctica de Tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*. Ed. La Ley, Nº 105, Noviembre-Diciembre 2013; y MARTÍNEZ SANZ, Fernando. “La indemnización por clientela de los distribuidores”. *Congreso de Distribución Comercial y Derecho de la Competencia*. Madrid 2008, ppágs. 591-594.

⁶²⁹ EMPARANZA SOBEJANO, Alberto. “La regulación de los contratos de distribución, actos de boicot y contratos de distribución”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 797 y ss.

⁶³⁰ Las clases de boicot pueden ser varias dependiendo del criterio que se emplee para delimitarlos:

Lo que hace que el boicot sea ilícito es que un grupo de operadores pueda obtener una ventaja injustificada en el mercado y que ésta no corresponde al propio esfuerzo, sino que éste deriva de la actuación conjunta y eficiente que varios sujetos han establecido frente a un tercero o terceros. No obstante, ello no quiere decir que toda conducta discriminatoria sea considerada desleal, sino que ésta no se produce en igualdad de trato entre los intervinientes.

Para finalizar, conviene decir que la licitud de la conducta no sólo se ha extendido al instigador del boicot sino también al receptor del boicot que cumple con el requerimiento recibido. Esto se debe a que ambos sujetos colaboran en una perturbación de las relaciones comerciales alterando los medios, de forma que debe sancionarse tanto a quien instiga el boicot como a quien con su conducta omisiva lo permite participando de ella⁶³¹.

-
- Los boicots colectivos son aquellos que utilizan agrupaciones para obligar a sus competidores a acatar las decisiones que la asociación ha adoptado. De forma que se prohíba a los miembros de una red de distribución a que comercialicen con un ex distribuidor específico. O a los destinatarios de los bienes que realicen actos con éste si quieren conservar o mantener las condiciones que venían disfrutando. Este tipo de boicots buscan sancionar a los miembros que no mantengan la disciplina o cumplan de manera fija las obligaciones del grupo.
 - El boicot directo es aquel que tiene lugar en el seno de un contrato de distribución, de forma que se acuerda llevar a cabo un determinado comportamiento con la finalidad de aislar económicamente a un competidor.
 - Mediante el boicot indirecto varios distribuidores presionan a otros operadores situados en otro nivel productivo para que no mantengan relaciones comerciales con competidores.

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto. “La regulación de los contratos de distribución, actos de boicot y contratos de distribución”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, págs. 800 – 801.

⁶³¹ EMPARANZA SOBEJANO, Alberto. “La regulación de los contratos de distribución, actos de boicot y contratos de distribución”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto,

4.3.6 Cálculo de la indemnización.

A diferencia de la regulación prevista en la PALCM para el contrato de agencia, la regulación del contrato de distribución comercial no prevé la forma de cálculo de la indemnización por clientela o un límite al importe de la misma.

En este sentido, conviene recordar la regulación que se preveía a este respecto en el artículo 25.5 del PLCD, el cual, inspirado en el artículo 28.3 de la LCA⁶³², establecía que la indemnización no podrá exceder, en ningún caso, de la media anual del importe neto de la cifra de negocios del distribuidor durante los últimos cinco años o, durante todo el periodo de duración del contrato, si este fuese inferior.

Como consecuencia de ello, en el caso en que se aprobase la PALCM, la forma de cálculo de la indemnización por clientela continuará teniendo como base los criterios jurisprudenciales existentes hasta la fecha y los cuales se inspiran en el artículo 28.3 de la LCA.

A este respecto, debemos de destacar que el principal principio inspirador del derecho a la compensación por la clientela generada lo encontramos en

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010, pág. 802.

⁶³² Artículo 28.3 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, el cual establece:

“3. La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el periodo de duración del contrato, si éste fuese inferior.”

la STS de 15 de enero de 2008 que establece que tal derecho se funda en lo injustificado del enriquecimiento o ventaja adquirida por el proveedor como consecuencia de la extinción del contrato de distribución exclusiva, enriquecimiento que no es correlativo al empobrecimiento del distribuidor, sino a la creación de un activo empresarial, gracias al esfuerzo del distribuidor⁶³³.

De esta manera, para que el distribuidor tenga éxito al ejercitar la acción para obtener una indemnización por clientela es determinante que pueda probar el enriquecimiento injusto, lo cual debe de realizar mediante la aportación de un informe pericial. Así, en cuanto a la cuantificación de la indemnización demandada ésta debe de hacerse lo más precisa posible y en el caso de no poderse hacer al principio del procedimiento se deben de fijar las bases de su cálculo para que en fase de ejecución de sentencia puedan determinarse⁶³⁴.

⁶³³ STS de 15 de enero de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº. 4344/2000 (RJ 2008/1393).

Continúa la STS de 15 de enero de 2008 con otro de los principios inspiradores de la compensación por clientela y de fundamentación de la misma, como es el art. 1258 que dice:

“(…) que lo expresamente pactado por las partes ha de integrarse con todas las consecuencias que según la naturaleza del contrato fueran conformes a la buena fe, al uso y a la ley, procede el remedio equitativo al desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas en los contratos de tracto sucesivo. Que en el contrato de distribución no se daría en las prestaciones de las partes durante la vida del contrato (como ocurre cuando se aplica la institución de la rebus sic stantibus), sino en la situación patrimonial de cada una al extinguirse la relación contractual y tener ésta que liquidarse. Y que no se debería a circunstancias extraordinarias, sino a la propia ejecución normal u ordinaria del contrato. Por tanto, la compensación por clientela sería una consecuencia acorde con la naturaleza de dicho contrato y, además, conforme a la buena fe.”

⁶³⁴ GRAS SAGRERA, Jordi. “Los contratos de distribución y la resolución de conflictos: jurisdicción y arbitraje”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 260.

Dado que lo determinante es probar la existencia de un perjuicio bajo criterios de verosimilitud que permitan demostrar por un lado que se sufre un perjuicio por la pérdida de clientes derivada de la resolución del contrato y que la otra parte conserva una cartera de clientes o un fondo de comercio fruto de la actividad comercial del proveedor. Para justificar estos elementos el informe pericial tendrá una importancia clave como así demuestra la jurisprudencia en la materia. A este respecto, hay que tomar en cuenta que la regla general es que el momento para formular las alegaciones y solicitar las peticiones fundamentales es al inicio del procedimiento con la interposición de la demanda, de forma que se permita a la otra parte defenderse de todo aquello que se le acusa.

El informe pericial debe expresar una determinada metodología para saber el *quantum* indemnizatorio basado en los ingresos dejados de percibir por el distribuidor, los clientes que el proveedor sigue manteniendo o el montante del negocio que ha aumentado mientras duró la relación contractual.

Esta metodología debe de basarse en los siguientes pasos⁶³⁵:

- (i). Analizar el contrato o la relación entre las partes mientras duró el contrato de distribución en exclusiva, de forma que se verifiquen los acuerdos no contractuales y que de forma verbal o no se han venido realizado durante la duración del contrato.

⁶³⁵ BENEDITO TORRECILLA, Víctor. “Los aspectos económicos de las indemnizaciones por extinción del contrato de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 201 y ss.

- (ii). Realizar un desglose de los conceptos que el proveedor satisfacía al distribuidor para identificar el grado de libertad que poseían las partes realmente así como la integración del distribuidor en las redes comerciales del proveedor.
- (iii). Analizar las causas por las que se produce la extinción, pues no es lo mismo que se produzca por llegar a término que por el incumplimiento reiterado por una parte de las obligaciones esenciales del contrato.
- (iv). Calcular la media de las retribuciones de los últimos 5 ejercicios, o en su defecto, de todo el periodo contractual siendo esto un parámetro orientativo sobre la evolución de la relación contractual.
- (v). Analizar desde una perspectiva económica y contable el historial de la relación de distribución, de forma que se analicen los supuestos y cambios en el mercado, el análisis del reparto de la actividad objeto de disputa, el control de la producción, la fijación directa o indirecta de los precios o del resto de condiciones comerciales que puedan o no facilitar la tarea del distribuidor así como el aumento del número de clientes, volumen de negocios, prestación de servicios u operaciones comerciales a favor del proveedor, etc⁶³⁶.

⁶³⁶ Fundamento Jurídico IV de la STS de 16 de marzo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 2541/2013 (RJ 2016/858):

“(…)Así, consideramos probado que: (i) la entidad actora fue distribuidora en exclusiva de la demandada en todo el territorio nacional, excepto la Comunidad Valenciana y Cataluña, respecto de los productos "Toro" y "Alice", entre mayo de 2005 y abril de 2009; (ii) la zona en que la demandante ejercía la exclusiva equivale a entre el 80% y el 90% del territorio olivarero español; (iii) "Felipe Borrás" asumió la promoción

- (vi). Una vez hechas todas estas averiguaciones y comprobaciones, se debe de resumir de forma clara y razonada la metodología aplicable y las conclusiones del informe pericial en el que se indique la cantidad a percibir y los porqués de la misma.

En el mismo sentido, si atendemos a las reglas expresadas en la STS de 16 marzo de 2016, se deben de analizar el listado de clientes y las ventas de los productos realizados directamente por el proveedor durante las diferentes campañas, los beneficios percibidos por la venta durante la duración del contrato y los listados de clientes y la facturación de la empresa proveedora antes y después de la vigencia del contrato, de forma que se pueda determinar el incremento sensible de las operaciones con clientes nuevos y preexistentes. Asimismo, en caso de diversidad de opiniones entre lo expresado en los escritos por las partes, el tribunal puede solicitar el informe de un tercer perito para recabar una tercera opinión.

En cualquier caso, la forma del cálculo debe ser expresada mediante fórmulas y una metodología concreta descartándose aquellos conceptos que simplemente expresan cifras aproximadas sin justificar⁶³⁷.

e introducción de ambos productos en el mercado español a partir de mayo de 2005; y realizó un labor de asistencia técnica para la mejora de las dos máquinas y su adaptación a la clientela española, encargándose de la retirada y devolución de productos defectuosos o necesitados de reparación; (iv) la resolución del contrato se produjo formalmente el 23 de abril de 2009; (v) no se aprecia incumplimiento del distribuidor o causa alguna que justifique la resolución del contrato por el concedente, por lo que ha de ser calificada como unilateral y sin causa.”

⁶³⁷ La STS de 16 de marzo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 2541/2013 (RJ 2016/858) expresa en su Fundamento Jurídico IV, que se descarta el informe pericial por:

“(…) el dictamen pericial presentado por la demandada tampoco se adaptó a tales criterios, ya que tuvo por objeto, según su propia literalidad, no tanto realizar una evaluación de los posibles perjuicios sufridos

En lo que respecta al importe de la indemnización por clientela, tal y como ya mencionamos anteriormente, la jurisprudencia considera que el artículo 28 de la LCA ha de ser utilizado como criterio orientador para su determinación, de manera que, en vez de hacer el cálculo de la indemnización sobre el importe de las comisiones obtenidas por el agente se debe de realizar por el importe de los beneficios netos obtenidos por el distribuidor⁶³⁸.

A este respecto, uno de los más recientes pronunciamientos del TS en la materia habla de la forma en que debe de calcularse el montante de la indemnización, así, en la STS de 19 de mayo de 2017 se negó que el criterio de margen bruto deba seguirse para el cálculo de la indemnización por clientela en el contrato de distribución, esta STS, tras expresar la doctrina y jurisprudencia del propio tribunal, acaba admitiendo que el cálculo de la indemnización debe conformarse a través de los beneficios netos una vez descontados los gastos de distribución que derivan del propio contrato de

por la actora, como hacer un análisis crítico del informe de la contraparte. Razón por la que no sirve al objetivo pretendido, máxime cuando ni siquiera propuso unos resultados propios, sino que básicamente se limitó a concluir que las estimaciones contenidas en el informe de la actora carecían de rigor metodológico o no estaban justificadas, y únicamente propuso como alternativa una indemnización por clientela de 32.827 €, sin contemplar otras posibilidades resarcitorias (...)”.

⁶³⁸ STS de 20 de mayo de 2009, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 914/2005 (RJ 2009/3184); STS de 30 de mayo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 148/2014 (RJ 2016/2293); STS de 1 de marzo de 2017, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 2672/2014 (RJ 2017/611); STS de 19 de mayo de 2017, Sala de lo Civil, Rec. n.º. 3085/2014 (RJ 2017/2228);

distribución y de la prestación de servicios del mismo⁶³⁹. Por tanto, a la hora de determinarse el importe de la indemnización por clientela habrá que estar al beneficio neto obtenido por el distribuidor durante la duración del contrato de distribución exclusiva.

Uno de los argumentos tradicionales que los proveedores suelen exponer para intentar no otorgar la indemnización por clientela consiste en la notoriedad de los productos de la demandada y su marca, de tal manera que los clientes se generarían no por las actuaciones comerciales del distribuidor sino por el prestigio de la marca y los elementos distintivos que el proveedor

⁶³⁹ El Contenido completo de dicha fundamentación lo encontramos en el Fundamento Jurídico IV de la STS de 19 de mayo de 2017, Sala de lo Civil, Rec. nº. 3085/2014 (RJ 2017/2228) y expresa lo siguiente:

“Con relación al criterio de «margen bruto» o «neto» que debe seguirse para el cálculo de la indemnización por clientela en el contrato de distribución, esta sala se ha pronunciado en las sentencias 356/2016, de 30 de mayo (RJ 2016, 2293) y 137/2017 de 1 de marzo (RJ 2017, 611), en los siguientes términos:

«[...]Pero dicha sentencia 39/2010, más allá de remitirse a la de 22 de junio de 2007, para caracterizar que en el contrato de distribución la remuneración está constituida por la diferencia del precio de compra y el precio de reventa, no es concluyente sobre si dicho cálculo ha de hacerse sobre diferencias brutas o netas. No obstante, si hay jurisprudencia que considera que en el contrato de distribución, para establecer la cuantía de la indemnización por clientela, ha de utilizarse como criterio orientador el establecido en el citado art. 28 LCA, pero calculado, en vez de sobre las comisiones percibidas por el agente, sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor (sentencia 296/2007, de 21 de marzo (RJ 2007, 2620)), esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no sobre el margen comercial, que es la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público (sentencia 346/2009, de 20 de mayo (RJ 2009, 3184)). Cuyo importe tendrá el carácter de máximo».

La sentencia recurrida, al igual que la sentencia de primera instancia, aplica correctamente esta doctrina jurisprudencial, pues expresamente tiene en cuenta «aquellos gastos que resultan precisos para la obtención del producto de las ventas (gastos de personal, transportes, gastos financieros, y la repercusión de los gastos generales), esto es, el beneficio neto -diferencia entre el beneficio bruto (ingresos menos gastos de la operación) y los gastos generados (salarios, amortizaciones, tributos, rentas intereses)».

concede durante el tiempo que dura el contrato⁶⁴⁰.

Asimismo, el proveedor suele alegar una serie de defectos o errores que cometen los peritos para disminuir las cantidades. En general, suelen expresar que las operaciones matemáticas no son suficientemente claras, que el informe presentado no se adapta a los criterios prestablecidos, que la metodología y formulas no son claras para los resultados obtenidos, etc⁶⁴¹. No obstante, en la mayoría de los casos no suponen aportaciones de peso, en el caso de estar el informe pericial y la metodología realizados correctamente⁶⁴².

⁶⁴⁰ Como expresa la STS de 15 de enero de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº. 4344/2000 (RJ 2008/1393) en su Fundamento Jurídico IV.

“(...) 4ª.- Ciertamente no faltan sentencias de esta Sala en las que cabe advertir una posición crítica frente a la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto como fundamento de la compensación por clientela en favor del distribuidor o concesionario. Así, la sentencia de 18 de marzo de 2004 (recurso núm. 1360/98 [RJ 2004, 2147]), desde la consolidada jurisprudencia de esta Sala contraria a la aplicabilidad del principio prohibitivo del enriquecimiento injusto cuando el beneficio y el correlativo perjuicio denunciados tengan su fuente en un convenio o en una causa contractual justa, razona que "el posible enriquecimiento de la concedente debido a la extinción del contrato tendría una causa tan perfectamente identificada como indiscutiblemente lícita, y que no sería otra que el propio contrato", pues "la captación de clientes durante la vigencia del contrato no es sino una de las prestaciones propias, en realidad la más característica, del concesionario, quien al asumir la obligación de promover las ventas de los productos del concedente debe una prestación de la que no sólo resulta beneficiado este último, por una posible fidelidad futura del comprador a su marca, sino también el propio concesionario, porque a mayor volumen de ventas mayor es su ganancia, beneficiándose ambas partes del mismo modo que a ambas beneficia también el prestigio de la marca, normalmente debido al esfuerzo empresarial del concedente".(...)”

⁶⁴¹ Fundamento Jurídico IV de la STS de 16 de marzo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2541/2013 (RJ 2016/858).

⁶⁴² BENEDITO TORRECILLA, Víctor. “Los aspectos económicos de las indemnizaciones por extinción del contrato de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 206.

4.3.7 Prescripción de la acción.

La PALCM no establece ningún criterio para determinar desde o cuando prescribe la acción de indemnización por clientela. Es por ello que nuestra jurisprudencia, en ciertos momentos, ha optado por la aplicación analógica del artículo 31 de la LCA y que fija la prescripción de la acción en un año, así, de admitirse esta teoría, en el caso de que se aprobara la PALCM, habría que estar a la aplicación analógica del artículo 542-31 de la PALCM⁶⁴³.

En primer lugar, podemos partir de lo que expresa el artículo 31 de la LCA, el cual fija la prescripción de la acción en un año desde la extinción del contrato y cuya fundamentación es parecida a la prevista en el artículo 1968 del CC en materia de daños extracontractuales⁶⁴⁴.

La STS de 10 de septiembre de 2012 entra a analizar el plazo de prescripción de la acción mediante la aplicación analógica de la LCA⁶⁴⁵, estableciéndose que la regla aplicable al tratarse de un contrato mixto debía de ser la del artículo 1.964 del CC, de 15 años, conforme a las reglas anteriores a su modificación y reducción a 5 años.

Para argumentar la procedencia de la aplicación de este plazo, el recurso insiste en que la relación contractual que ligaba a las partes, cuya resolución motiva el derecho a la indemnización, tiene una única naturaleza, mixta

⁶⁴³ Siendo una traslación del art. 31 de la LCA a la PALCM.

⁶⁴⁴ CAÑABATE POZO, Rosario. “La extinción de los contratos de distribución y la compensación por clientela”. *Revista La Ley Mercantil*. N° 26, Junio 2016, págs. 8-36.

⁶⁴⁵ STS de 10 de septiembre de 2012, Sala de lo Civil, Rec. n°. 900/2009 (RJ 2012/9011).

(suministro y agencia), por lo que el plazo de prescripción debe ser común, el general de 5 años contenido en el artículo 1964 CC⁶⁴⁶.

No obstante, otras sentencias del Tribunal Supremo han tomado otro rumbo al abordar esta cuestión y han sentado una doctrina a este respecto más coherente con la postura jurisprudencial que mantiene la no aplicación de la analogía automática o mecánica de la LCA al contrato de distribución. Entre otras, podemos citar las siguientes:

- (i). Por un lado, la STS de 22 de julio de 2008, que establece que la aplicación analógica de la LCA a otros contratos mercantiles atípicos no implica el traslado mecánico de los preceptos de la LCA al contrato de distribución⁶⁴⁷ y, en particular, la aplicación del artículo 31 de la LCA.
- (ii). Por otro lado, la STS de 16 de febrero de 2010 establece que si el contrato de distribución es un contrato atípico no cabe aplicar a las acciones derivadas del mismo un plazo de prescripción fijado en una ley especial para el contrato típico que ésta regulando, por lo que el plazo de prescripción de las acciones indemnizatorias derivadas del contrato de distribución no podrá ser otro que el general o residual de 5 años establecido en el artículo 1.964 CC⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶ CAÑABATE POZO, Rosario. “La extinción de los contratos de distribución y la compensación por clientela”. *Revista La Ley Mercantil*. Nº 26, Junio 2016, págs. 8-36.

⁶⁴⁷ STS de 22 de julio de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº. 3868/2001 (RJ 2008/4610).

⁶⁴⁸ STS de 16 de febrero de 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2397/2005 (RJ 2010/537).

Ambas sentencias han sido confirmadas por la STS de 22 de junio de 2010⁶⁴⁹, que rechaza la aplicación mimética o automática del régimen jurídico del contrato de agencia al contrato de distribución incluso para la compensación o indemnización por clientela.

En consecuencia, pese a que no existe una regulación específica en la materia para los contratos de distribución, a pesar de que tradicionalmente se han utilizado las reglas de la LCA para resolver conflictos por analogía, dado que ésta no debe ser automática o mecánica, debe ser la normativa general del CC en materia de prescripción la que deba de aplicarse a la hora de analizar si la acción derivada del contrato de distribución se encuentra prescrita o no. En consecuencia, parece ser que el plazo de prescripción aplicable será el de 5 años conforme a la redacción actual del artículo 1964 CC⁶⁵⁰.

4.3.8 Supuestos de inexistencia del derecho a indemnizar por clientela.

A diferencia de lo preceptuado en el artículo 542-30 de la PALCM al respecto del contrato de agencia, la PALCM no especifica los supuestos de inexistencia del derecho a la indemnización por clientela a favor del distribuidor.

Así, conforme establece el artículo 542-30 de la PALCM, el agente no

⁶⁴⁹ STS de 22 de junio de 2010, Sala de lo Civil, Rec. n° 838/2006 (RJ 2010/5408).

⁶⁵⁰ GRAS SAGRERA, Jordi. “Los contratos de distribución y la resolución de conflictos: jurisdicción y arbitraje”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 259.

tendrá derecho a la indemnización por clientela:

- (i). Cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente.
- (ii). Cuando el agente hubiese denunciado el contrato, salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario, o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente y no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades.
- (iii). Cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia.

A la vista de lo anterior, entendemos que cabría la aplicación analógica de los anteriores supuestos al contrato de distribución en exclusiva, siempre, según la reiterada doctrina del TS antes analizada, dependiendo del supuesto de hecho concreto y las circunstancias correspondientes.

No obstante, no debemos de olvidar que en cualquier caso debe de darse alguno de los supuestos previstos en el artículo 545-23.2 para que el distribuidor tenga derecho a la indemnización por clientela y ello sin perjuicio de que puedan ser de aplicación algunas de las exclusiones previstas en el artículo 542-30 anteriormente indicadas.

CONCLUSIONES FINALES

I. IMPORTANCIA DEL SECTOR DE LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL Y CONVENIENCIA DE ESTABLECER UN MARCO JURÍDICO PROPIO DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN.

- (i) El sector de la distribución comercial tanto en nuestro país como a nivel global ha sufrido un importante desarrollo en el último siglo, de tal manera que a principios del siglo XX y hasta la actualidad se ha pasado de una distribución de carácter local e ineficiente a una distribución de bienes y servicios en masa, con redes perfectamente integradas y con una creciente influencia de las nuevas tecnologías que han favorecido la aparición del comercio online.
- (ii) Asimismo, el sector de la distribución tiene una gran importancia como motor de nuestra economía pues genera cientos de miles de empleos, además de ser el eje organizador de los intercambios de bienes y servicios.
- (iii) Sin embargo, pese a la evolución constante del sector de la distribución así como su importancia como motor económico, nuestro ordenamiento jurídico carece a día de hoy de un marco normativo propio que regule los contratos de distribución, lo que provoca ineficiencias en el sector, multiplicándose y agravándose las controversias que pueden existir entre las partes, siendo los aspectos más discutidos y donde se ocasionan más conflictos interpretativos en lo referente a la terminación del contrato.
- (iv) Dado que se trata de contratos que no cuentan con un marco jurídico propio,

tienen la condición de contratos atípicos, por lo que han sido los tribunales y la propia práctica los que los han desarrollado. Además, para su regulación e interpretación se debe acudir a la teoría general de obligaciones y contratos, cuyo contenido se encuentra en el Código Civil (el “CC”) y en el Código de Comercio (el “Cco”), así como, según los casos y respecto de determinados aspectos, a la Ley 12/1992 sobre el Contrato de Agencia (la “LCA”).

- (v) A la vista de lo anterior, dada la importancia del sector de la distribución en nuestro país así como, a nuestro juicio, la incapacidad de nuestro actual ordenamiento jurídico de dar una respuesta eficiente a las demandas del sector de la distribución, es conveniente el desarrollo de un marco jurídico de los contratos de distribución, bien se lleve a cabo a través de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (la “PALCM”), si finalmente es objeto de trámite parlamentario, o a través de cualquier otra propuesta legislativa que regule en particular los contratos de distribución comercial, dando así cumplimiento a lo establecido en la Disposición Adicional Undécima de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, la cual imponía un mandato al Gobierno para establecer un régimen jurídico de los contratos de distribución comercial.

II. EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y SU INFLUENCIA SOBRE LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL.

- (i) En los últimos años en nuestro país han ido surgiendo diversos proyectos e iniciativas legislativas en las que se ha intentado establecer una

regulación normativa y un contenido mínimo de los contratos de distribución. De estas diferentes iniciativas legislativas deben destacarse por su relevancia el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución del año 2011 (“**PLCD**”) y cuya tramitación parlamentaria no llegó a finalizar, así como la PALCM del año 2018 elaborada por la Sección Segunda de Derecho Mercantil, que pretende la sustitución del actual Cco de 1885 y que introduce una regulación de los contratos de distribución comercial en general y del contrato de distribución en exclusiva en particular sobre las bases previamente establecidas por el PLCD aunque con diferencias relevantes.

- (ii) Pese a que el PLCD nunca llegara a aprobarse, es indiscutible la influencia que ha tenido en la propia PALCM a la hora de regular el contrato de distribución. Esta influencia podemos observarla en aspectos tales como la propia estructura de la regulación propuesta, los tipos de contratos de distribución que son objeto de tipificación o incluso en el régimen de terminación del contrato.
- (iii) El texto del PLCD opta por dotar de carácter imperativo a las normas contenidas en el mismo salvo que las partes pacten lo contrario. De esta manera, la regulación contenida en el PLCD actúa como derecho supletorio, permitiendo a las partes pactar lo que ellas consideren oportuno y, en defecto de pacto, sería aplicable la regulación prevista en el PLCD. Sobre este aspecto, habría que plantearse la utilidad de una normativa de carácter no imperativo para proteger a la habitual parte más débil de la relación de distribución, el distribuidor. Por ello, lo conveniente hubiera sido establecer dentro del PLCD algunas normas con carácter imperativo

para proteger al distribuidor de posibles abusos por parte del proveedor o fabricante como así ocurre por ejemplo en la legislación sobre arrendamientos urbanos.

- (iv) Las principales modalidades contractuales de contratos de distribución contempladas en el PLCD son el contrato de compra en exclusiva, el contrato de venta en exclusiva, distribución autorizada, distribución selectiva, concesión mercantil y franquicia. No obstante, el propio PLCD contempla esta lista como abierta, de tal manera que cabría la posibilidad de que otras modalidades de distribución que no estuvieran propiamente contempladas en el PLCD pudieran someterse a su articulado.
- (v) La regulación proyectada en el PLCD partía de un articulado común a todos los tipos de contratos de distribución y que, según se puede comprobar de su redacción, toma como paradigmas al contrato de distribución en exclusiva y al contrato de concesión mercantil. Ello hace que se produzcan incoherencias a la hora de regular ciertas figuras contractuales como ocurre con el contrato de franquicia al que difícilmente resultan siempre de aplicación las normas previstas en el PLCD, circunstancia que ocurre por ejemplo cuando no existe una relación de distribución entre franquiciado y franquiciador.
- (vi) En lo que respecta al contenido del contrato, el PLCD, al igual que ocurre en la PALCM, establece un régimen general de obligaciones y derechos para el distribuidor y el proveedor, regulando aspectos de suma relevancia en el marco de la relación de distribución como pueden ser la determinación de objetivos comerciales, obligaciones de compra mínima,

pactos de exclusividad territorial, etc. Sobre este aspecto, en nuestra opinión el PLCD cometió el error de plantear una normativa demasiado extensa para los contratos de distribución, motivo por el cual fue un proyecto normativo criticado tanto por nuestra autoridad de defensa de la competencia como por diferentes actores del sector de la distribución, lo que ha motivado que la actual regulación propuesta en la PALCM sea mucho más limitada.

- (vii) Finalmente, el régimen de extinción del contrato de distribución cuenta con una regulación muy detallada en el PLCD, diferenciando los supuestos de extinción de un contrato de duración determinada o indefinida. En este sentido, el PLCD, inspirándose en ciertos aspectos en la LCA, prevé, de darse ciertos requisitos, el derecho del distribuidor a una indemnización por la clientela generada. De esta manera, el régimen de extinción del contrato de distribución previsto en el PLCD suponía la tipificación de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo que contempla, bajo ciertas circunstancias, el derecho del distribuidor a la indemnización por clientela.

III. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN GENERAL EN LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL.

- (i) La regulación de los contratos de distribución comercial prevista en la PALCM se encuadra sistemáticamente en el Título IV referido a los contratos de colaboración, perteneciente al Libro V que trata “de los contratos mercantiles en particular”. Esta regulación parte de la ya contemplada en el PLCD, siendo mayormente una transposición de su

normativa pero más reducida. De estas diferencias destaca la flexibilización de las condiciones bajo las cuales el distribuidor tendría derecho a la indemnización por clientela, en tal sentido, mientras que bajo el PLCD el distribuidor requiere cumplir con todos los requisitos previstos (generar clientela y estar sometido a una cláusula de no competencia), en la PALCM el distribuidor sólo tiene que cumplir alguno de los requisitos previstos (generar clientela o estar sometido a una cláusula de no competencia o haber entregado al proveedor un listado de clientes que le genere una ventaja competitiva).

- (ii) La PALCM prevé las mismas modalidades de contratos de distribución que se contemplan en el PLCD, esto es; el contrato de compra en exclusiva, el contrato de venta en exclusiva, distribución autorizada, distribución selectiva, concesión mercantil y franquicia. Asimismo, al igual que ocurría en el PLCD, la PALCM opta por regular los contratos de distribución estableciendo normas comunes para todos ellos y en menor medida, normas particulares que se aplicarían individualmente según corresponda a cada una de las modalidades de contrato de distribución previstas.
- (iii) La PALCM excluye expresamente varias figuras contractuales que si bien presentan características comunes con los contratos de distribución, son excluidas expresamente por tener una naturaleza jurídica distinta o por ser objeto de regulación en normativas particulares, este es el caso del contrato de agencia, franquicia industrial, contratos de comercialización de productos o servicios financieros, contratos que tengan por objeto principal una actividad logística o de reparto de mercancías así como cualquier modalidad de distribución que comporte una vinculación laboral.

(iv) Finalmente, la regulación común de las modalidades de los contratos de distribución contenida en la PALCM se divide en:

- a. Una fase precontractual en la que cobra una vital importancia el intercambio de información precontractual entre las partes, así como el carácter confidencial de la misma.
- b. Un régimen de obligaciones y derechos de cada una de las partes, enumerándose las obligaciones básicas del proveedor y distribuidor, así como la determinación de los objetivos comerciales e inversiones, deterioro de la imagen de marca, actividad publicitaria del distribuidor, cesión del contrato y nombramiento de colaboradores y determinadas normas en relación con la independencia entre una y otra parte de la relación de distribución.
- c. Se fijan las normas relativas a la duración y terminación de los contratos de distribución, previéndose la posibilidad de que los mismos puedan suscribirse con una duración indefinida o determinada, siendo de especial relevancia el régimen del preaviso y determinadas obligaciones a asumir por las partes con el objeto de colaborar en la liquidación de la relación contractual.

Finalmente, se establecen determinados supuestos de resolución anticipada de los contratos de distribución y los términos y condiciones bajo los cuales el distribuidor tendrá derecho a la indemnización por clientela, así como la compensación por falta de

amortización de inversiones específicas.

IV. EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA EN LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL.

- (i) El contrato de distribución exclusiva, también denominado de compra-venta en exclusiva, está contemplado en el artículo 545-2, apartados a) y b) de la PALCM, siendo su regulación, salvo en algunas especialidades, común a los demás tipos contractuales de distribución previstos en el proyecto normativo. Como su nombre indica, esta modalidad se diferencia de las restantes modalidades del contrato de distribución en la existencia de una relación de exclusividad entre las partes.

- (ii) Conforme a lo previsto en el artículo 545-5 de la PALCM, el contrato de distribución exclusiva no requiere para su formalización de forma escrita, lo cual es coherente con la regla general de libertad de forma en materia de contratos prevista en el artículo 1.278 del CC y en el artículo 51 del Cco, éste último aplicable a las obligaciones y contratos mercantiles, y también es coherente con la práctica comercial, en la cual es habitual que distribuidor y proveedor entren en relaciones de distribución exclusiva sin la formalización de contrato alguno.

No obstante, no debemos obviar que es precisamente la inexistencia de una regulación por escrito de las relaciones de distribución el origen de muchos de los conflictos que surgen a la hora de ejecutar el contrato, sobre todo en lo que respecta a su terminación. Es por ello por lo que precisamente la regulación del contrato de distribución exclusiva propuesta en la PALCM

tiene la consideración de supletoria, siendo de aplicación en defecto de pacto por las partes.

- (iii) La PALCM en su artículo 545-6 establece los deberes precontractuales que deben de cumplirse por las partes con anterioridad a la celebración del contrato de distribución exclusiva y que implican en términos generales determinadas obligaciones de suministro de información recíproca. Estos deberes precontractuales se establecen con el objeto de beneficiar a la parte más débil, el distribuidor, no obstante, esta situación no ocurre en todas las relaciones de distribución y dependerá de cada caso concreto.

Consideramos acertado que el proyecto normativo contemple la obligación de las partes de suministrarse información con anterioridad a la formalización de su relación de distribución en exclusiva, ello permitirá a distribuidor y proveedor conocer las circunstancias personales de uno y otro, lo que ahonda en el carácter personalísimo de la relación, así como permitirá al distribuidor conocer la estructura y red de distribución en la que se pretende integrar.

Además, la PALCM impone la obligación de confidencialidad a las partes respecto de la información precontractual que se han suministrado y respecto de la cual se echa en falta que la propuesta normativa prevea un plazo de duración de la misma.

- (iv) Los artículos 545-7 a 545-14 de la PALCM regulan el régimen general de las obligaciones del distribuidor y proveedor bajo los contratos de distribución, aplicable igualmente al contrato de distribución exclusiva. En

términos generales se trata de una serie de obligaciones sinalagmáticas entre el proveedor y el distribuidor, de forma que el proveedor se obliga a proporcionar al distribuidor los bienes y servicios objeto de la distribución en exclusiva, mientras que el distribuidor se obliga a promocionar y comercializar dichos bienes y servicios dentro del ámbito geográfico preestablecido.

- (v) El artículo 545-8 de la PALCM establece las obligaciones básicas del proveedor, las cuales se dividen en, por un lado, la obligación de suministro y, por otro lado, determinadas obligaciones de información.

En lo que a la obligación de suministro se refiere, la PALCM exige al proveedor mantener disponible para su entrega al distribuidor los productos objeto de la distribución exclusiva, siempre en los términos y condiciones que las partes hayan pactado. Esta obligación de suministro es la principal y razón de ser del proveedor, si bien la PALCM exige que el suministro sea realizado bajo las condiciones que las partes hayan pactado, nada se dice al respecto de qué ocurre en defecto de pacto, en tal supuesto entendemos se deberá acudir a las normas generales sobre el contrato de compraventa y el contrato de suministro previstas en los artículos 511-1 y ss. y 513 y ss. de la PALCM, en cuyos artículos se regulan el momento de traslación del riesgo sobre la propiedad, quien asume las obligaciones y costes de transporte de los productos así como la determinación del lugar de entrega de los productos.

En el marco de la obligación de suministro de los bienes objeto de distribución, el proveedor asume también una obligación de previsión del

suministro habitual, de tal manera que el proveedor debe de mantener siempre disponible para su entrega, en los términos y condiciones pactados, los bienes objeto de distribución. La práctica habitual ha demostrado que este deber de previsión difícilmente es posible concretarlo en el momento de suscripción del contrato de distribución exclusiva puesto que rara vez las expectativas comerciales se corresponderán con lo plasmando en el contrato. Por ello, es recomendable que estas reglas no sean fijadas de manera concreta, sino que se hagan respecto a escalas tanto temporales como en cantidades de bienes y servicios, de forma que permita una fácil identificación de los parámetros a tener en cuenta para ambas partes al inicio de su relación.

Junto con la obligación de suministro de los bienes objeto de distribución, el proveedor asume obligaciones de suministro de información de carácter técnico y comercial relativas a los precios y tarifas de adquisición de los bienes y servicios, así como mantener informado al distribuidor de aquellos hechos que puedan afectar a la actividad de distribución. La finalidad de estas obligaciones de información es evidente puesto que el distribuidor asume importantes compromisos de inversión para la distribución en exclusiva de los productos y servicios del proveedor y le es fundamental contar con toda la información disponible para desarrollar su negocio.

Finalmente, la PALCM no ha previsto como una de las obligaciones del proveedor la obligación de cesión de su marca al distribuidor, todo ello para que éste pueda distribuir los bienes y servicios objeto de distribución exclusiva. Si bien la licencia de marca no es un elemento esencial para que

el distribuidor en exclusiva pueda llevar a cabo sus funciones, es una práctica habitual en el sector de la distribución, lo cual hubiera justificado su regulación dentro de la PALCM.

- (vi) Las obligaciones generales del distribuidor se regulan en el artículo 545-9 de la PALCM, siendo la principal de ellas la obligación de adquirir los productos del proveedor para su posterior distribución en exclusiva. Asimismo, el distribuidor asume otras obligaciones derivadas del contrato de distribución exclusiva, como son la obligación de comercializar los bienes y servicios objeto de distribución en su zona geográfica de influencia, llevanza de registros contables y obligaciones de información al proveedor.

Al igual que ocurre con la obligación del proveedor de suministrar los bienes al distribuidor, la PALCM no regula en detalle los términos en virtud de los cuales el distribuidor adquirirá los productos al proveedor y más concretamente el lugar en que deba de hacerse la entrega de las mercancías, el momento de transmisión del riesgo, así como quien asume los gastos relativos al transporte.

Como consecuencia de la obligación de adquirir los bienes y servicios del proveedor, el distribuidor asume asimismo la obligación de distribuir y comercializar dichos bienes y servicios en su territorio de exclusiva y, en sentido contrario, el distribuidor asume la obligación de no distribuir los bienes y servicios fuera de su territorio de exclusiva.

En el artículo 545-15 de la PALCM se prohíben expresamente las

denominadas ventas activas fuera del territorio de exclusiva y cuyo incumplimiento podría provocar, según el grado, el nacimiento a favor del proveedor de un derecho a resolver el contrato de distribución exclusiva.

Junto con la prohibición de realización de ventas activas fuera del territorio de exclusiva, la PALCM permite las denominadas ventas pasivas en virtud de las cuales el distribuidor puede comercializar bienes o servicios dentro de su territorio de exclusiva a personas que se propongan revender los bienes o prestar el servicio en territorios diferentes, pero siempre y cuando la puesta a disposición de los bienes y servicios se realice dentro de la zona de exclusiva.

Asimismo, aun existiendo un pacto de exclusiva territorial, conforme a lo establecido en el artículo 545-15.2 de la PALCM, las partes pueden establecer las denominadas “ventas directas”, que permiten al proveedor reservarse la facultad de realizar ventas a determinados clientes en una zona específica del territorio de exclusiva del distribuidor, siempre y cuando el distribuidor sea compensado.

Otra de las obligaciones impuestas por la PALCM al distribuidor es la llevanza de registros contables auxiliares. Si bien la PALCM establece el derecho del proveedor a acceder a dichos registros contables, la propuesta normativa no especifica en qué condiciones ni con qué alcance podrá el proveedor acceder a dichos registros, por lo que sería recomendable que se concretara. Además, en el caso de existir algún tipo de dato personal de terceros, el acceso a dicha información por parte del proveedor deberá de realizarse en cumplimiento de la normativa sobre protección de datos.

Finalmente, la PALCM impone al distribuidor informar al proveedor con la mayor antelación posible de aquellas circunstancias que puedan afectar a la actividad comercial, a la imagen y la salvaguarda de la propiedad intelectual de los bienes y servicios objeto de distribución, así como al acceso de los consumidores a éstos. Si bien la PALCM no especifica nada al respecto, entendemos que esta obligación será exigible del distribuidor exclusivo únicamente respecto de lo que ocurra en su área de exclusiva.

- (vii) En el marco de las obligaciones de comercialización de los bienes y servicios asumidas por el distribuidor, la PALCM impone al distribuidor una serie de obligaciones tendentes a preservar el prestigio de la marca del proveedor. En particular, el distribuidor no puede aplicar condiciones comerciales o realizar actuaciones que menoscaben la marca o el prestigio del proveedor, permitiéndose al proveedor resolver el contrato en el supuesto de que el distribuidor lleve a cabo dichas actuaciones.

Tratándose de una cuestión tan relevante por cuanto permite al proveedor resolver anticipadamente el contrato, debemos de destacar la imprecisión de la redacción de la PALCM pues no define claramente cuáles son las “actuaciones que ocasionen un menoscabo de la imagen de marca o del prestigio comercial”. A nuestro juicio, entendemos que la PALCM está pensando en actuaciones de carácter desleal, siendo por tanto de aplicación la normativa sobre competencia desleal prevista en los artículos 322-1 y ss. de la PALCM y que identifica actuaciones desleales que podrían provocar un desprestigio en la marca del proveedor.

- (viii) El artículo 545-13 de la PALCM regula el régimen de cesión del contrato de distribución, el cual establece la prohibición al distribuidor de ceder, total o parcialmente, el contrato de distribución en exclusiva, así como el poder designar subdistribuidores sin haber obtenido previamente el consentimiento del proveedor.

La duda que surge sobre este precepto es qué ocurre en el supuesto de cesión del contrato por parte del proveedor. A nuestro entender, tratándose de un contrato de carácter personalísimo, para que el proveedor pueda ceder su posición jurídica en el contrato requerirá asimismo del consentimiento del distribuidor pues nos encontraremos ante una novación subjetiva del contrato que requiere del consentimiento de la otra parte, el distribuidor.

- (ix) Los artículos 545-18 a 545-23 de la PALCM regulan las distintas modalidades de duración de los contratos de distribución en exclusiva, así como los términos y condiciones de resolución de los mismos. En particular, la PALCM permite que el contrato de distribución exclusiva pueda ser formalizado por tiempo determinado o indefinido, aspecto que influye decididamente sobre su resolución.
- (x) Los contratos de distribución exclusiva de duración determinada se resuelven por el transcurso de su plazo de duración pactado, no obstante, la PALCM prevé varios supuestos en los cuales las partes podrían resolver anticipadamente el contrato como son los supuestos de incumplimiento, total o parcial, de obligaciones esenciales y en el supuesto de declaración de concurso de acreedores de una de las partes si así se hubiera pactado en

el contrato.

Sobre la resolución anticipada por incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato, la PALCM no entra a definir qué obligaciones considera como esenciales, lo cual sería recomendable de cara a la aplicación de dicho precepto.

Asimismo, el establecimiento de un supuesto de resolución anticipada del contrato de distribución exclusiva en el supuesto de declaración de concurso de acreedores resulta contradictorio con el principio general de vigencia de los contratos previsto en el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que considera dicha cláusula como no puesta en caso de declaración de concurso.

- (xi) En lo que respecta a la resolución de los contratos de distribución exclusiva de duración indefinida, la PALCM regula el denominado “*preaviso*”, consistiendo éste en una denuncia unilateral del contrato por una de las partes, debiendo de hacerse obligatoriamente por escrito.

Con clara influencia en la Ley del Contrato de Agencia, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 545-19.2 de la PALCM, el preaviso tiene que ser como mínimo de un mes por cada año que haya durado el contrato, con un máximo de 6 meses. En el caso de que el contrato tenga una duración indefinida y haya estado en vigor por un plazo inferior al año, el preaviso será de un mes. Si cualquiera de las partes incumpliera los plazos de preaviso, dará derecho a la otra parte a exigir una indemnización por los daños y perjuicios que dicha falta de preaviso suficiente le hubiera

ocasionado.

- (xii) El artículo 545-23 de la PALCM regula el régimen de compensación por clientela en el supuesto de resolución del contrato de distribución en exclusiva, reconociéndole al distribuidor dicha compensación con carácter excepcional, siempre que sea equitativamente procedente y cuando se cumplan alguna de las siguientes circunstancias previstas en el artículo 545-23.2:
- a. Que por las características del contrato suscrito, la actividad desarrollada y el exclusivo esfuerzo del distribuidor se haya incrementado de manera sustancial el tipo de operaciones o el número de clientes y sea razonable presumir que el proveedor puede seguir obteniendo ventajas sustanciales de esta clientela.
 - b. Que el distribuidor haya facilitado al proveedor un listado de clientes que genera al proveedor una ventaja competitiva.
 - c. Que exista un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato, no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor.

El incremento del número de operaciones o clientes es a nuestro juicio el principal y fundamental requisito para que pueda concederse la compensación por clientela. En este sentido, sorprende la actual redacción propuesta por la PALCM, pues al contemplar el derecho del distribuidor exclusivo a obtener una compensación por clientela de ocurrir cualquiera

de los supuestos previstos en el artículo 545-19.2, está permitiendo de facto el que el distribuidor sea compensado aun en el supuesto de que no haya generado tal clientela.

Otro de los requisitos previstos en el artículo 545-23.2 de la PALCM para que el distribuidor tenga derecho a la compensación por clientela es que el distribuidor haya entregado al proveedor un listado de clientes que generan al proveedor una ventaja competitiva. A este respecto, la mera entrega del listado de clientes no puede suponer para el distribuidor el derecho a obtener la compensación por clientela pues requiere la obtención de una ventaja competitiva, es decir, el proveedor debe de poder incrementar su base de clientes y así poder posicionarse en mejores condiciones respecto del resto de competidores.

El último de los requisitos regulados en el artículo 545-23.2 de la PALCM que permiten al distribuidor obtener una compensación por clientela es la existencia de una cláusula de no competencia aplicable al distribuidor.

En este supuesto al distribuidor no se le exige demostrar que ha generado una clientela aprovechable para el proveedor, sino que el simple hecho de restringirle su capacidad para competir en el territorio de la exclusiva ya le permite acceder a dicha compensación.

- (xiii) A diferencia de la regulación prevista para el contrato de agencia, la PALCM no contempla una fórmula de cálculo de la indemnización por clientela o un límite al importe de la misma. Como consecuencia de ello, llegada la aprobación de la PALCM, la forma de cálculo de la indemnización por clientela continuará teniendo como base los criterios

jurisprudenciales existentes hasta la fecha y que aplican analógicamente el artículo 28.3 de la LCA.

- (xiv) Finalmente, la PALCM no prevé un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción por indemnización por clientela en el marco del contrato de distribución exclusiva. Es por ello que habrá que estar a los criterios jurisprudenciales actuales que aplican el régimen general de prescripción de 5 años previsto en el artículo 1.964 del CC, frente a la aplicación analógica del artículo 31 de la LCA y que fija la prescripción de la acción en un año para el contrato de agencia.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. Coordinadora de la versión española: JEREZ DELGADO, Carmen. Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, octubre 2015.
- AAVV. “Anexo Legislación Internacional”. En: *Los Contratos de Distribución Comercial: Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- AAVV. *International Agency & Distribution Handbook*. Baker & Mckenzie LLP, Chicago, Estados Unidos, 2018.
- ALONSO LEDESMA, Carmen. “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en el Anteproyecto de Código Mercantil”. En: *Hacia un nuevo Código Mercantil*. Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. Ed. Thomson Reuters, Navarra 2014.
- ALONSO SOTO, Ricardo. “Contratos de Distribución Comercial y de Defensa de la Competencia.” *Cuadernos de derecho jurisprudencial*. Nº 21, 2006.
- ALONSO SOTO, Ricardo. “Los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Curso de Derecho Mercantil Vol. II*. Dir(s). URÍA MERUÉNDANO, Rodrigo, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. Coord. APARICIO GONZÁLEZ, María Luisa. Ed. Civitas, Madrid 2007.

- ALONSO SOTO, Ricardo. “Tipología de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010.
- ALONSO SOTO, Ricardo. “El Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución”. En: *Los Contratos de Distribución Comercial: Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- ALONSO SOTO, Ricardo. “Bases para una futura regulación de los contratos de distribución”. En: *La reforma de los contratos de distribución comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013.
- ALONSO SOTO, Ricardo. “Los Contratos de Distribución Comercial en la Propuesta de Código Mercantil.” *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*. Nº 14, Ed. La Ley, Madrid 2014.
- ALONSO SOTO, Ricardo. “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015.

- ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús. “Indemnización por clientela: no depende, tampoco en un contrato de distribución, de que el contrato sea de duración determinada o indefinida”. *Blog Derecho Mercantil*. <https://derechomercantilesparana.blogspot.com/>. Marzo 2011.
- ALTIRRIBA I VIVES, Xavier y CUENCA MÁRQUEZ, Juan. “La distribución comercial: presente, pasado y futuro. Análisis del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil y reciente dictamen 837/2014 del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 4, 2015.
- ARPIO SANTACRUZ, Juan Lorenzo. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), asunto c-230/16, Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente gmbh, de 6 de diciembre de 2017 [ECLI: EU: C:2017:941]. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 6, Nº. 1, 2018, págs. 329-332.
- ARROYO APARICIO, Alicia. *Los Contratos a Distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2003.
- ARROYO APARICIO, Alicia. “Compraventa a distancia celebrada con consumidores”. En: *Contratos Mercantiles*. Dir(s). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, CALZADA CONDE, María Ángeles. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2007.
- ARROYO APARICIO, Alicia. “Discriminación y Dependencia Económica”. En *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*. Coord. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, Vol. 2, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

- ARROYO APARICIO, Alicia. *Contrato de agencia: principios y análisis*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2019.
- ARROYO APARICIO, Alicia. “Productos de lujo y distribución a través de plataformas de internet desde el Derecho Europeo de la Competencia (TJUE C-230/16, Asunto Coty)”. *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, Nº. 1, 2019.
- ARRUÑADA PARDO, María. “Publicado en el BOCG el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución”. *Boletín Mercantil*, nº 6, Albiñana & Suárez de Lezo, Abril-Junio 2011.
- ARRUÑADA PARDO, María. “No habrá Ley de Contratos de Distribución (por ahora)”. *Boletín Mercantil*, Nº 7, Albiñana & Suárez de Lezo, Julio-Octubre 2011.
- BALDI, Roberto. *Il Diritto della Distribuzione Commerciale nell’Europa Comunitaria*. Ed. Cedam, Padova, Italia, 1984.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique. “La posible configuración de las actividades de comercio paralelo como actos desleales de confusión o de engaño en el marco de la distribución selectiva”. *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*. Ed. La Ley, Nº 23, marzo 2016.
- BENEDITO TORRECILLA, Víctor. “Los aspectos económicos de las indemnizaciones por extinción del contrato de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1995”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Nº. 41, 1996.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*. Col. BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl. Ed. Aranzadi, Navarra 2019.
- BERNÉ MANERO, Carmen, GARCÍA UCEDA, María Esperanza, PEDRAJA IGLESIAS, Marta. *La Distribución Comercial en Aragón a principios del Siglo XXI*. Universidad de Zaragoza, Departamento de Economía y Dirección de Empresas, Zaragoza 2000.
- BORTOLOTTI, Fabio. “Los Contratos de Distribución en Europa”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013.
- BUESO GUILLÉN, Pedro. *Contratos de Distribución Comercial, Restricciones Verticales de la Competencia y Regla de Razón: Delimitación Conceptual y Tratamiento en el Derecho Comunitario Europeo*. Tesis Doctoral. Dir. LÓPEZ SÁNCHEZ, Manuel-Ángel. Universidad de Zaragoza, 1999.
- CALAVIA MOLINERO, José Manuel. “El contrato de distribución en exclusiva”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

- CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “El contrato de distribución comercial: ¿en el “futuro” Código mercantil o en una ley especial?” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015.
- CAÑABATE POZO, Rosario. “Nueva Perspectiva de Regulación de los Contratos de Distribución”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 11, marzo 2014.
- CAÑABATE POZO, Rosario. “La extinción de los contratos de distribución y la compensación por clientela”. *Revista La Ley Mercantil*. Nº 26, Junio 2016.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando. “La distribución comercial (I-2). Aspectos contractuales.” *Iustitia*. Nº. 9, Octubre 2011.
- CARRASCO PERERA, Ángel. “Regulación de los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales. ¿Pero de verdad se ha derogado el régimen de contratos de distribución de automóviles de la Ley de Economía Sostenible?” *Diario La Ley*. Nº 7.615, Abril 2011.
- CASARES RIPOL, Javier y REBOLLO AREVALO, Alfonso. *Distribución comercial*, Ed. Civitas, Madrid 2000.
- CHULIÁ VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa. *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos*. Ed. Bosch, Barcelona 1999.

- CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES (CEOE). Departamento de Economía. El Sector Comercio en la Economía *Española*. Noviembre 2019.
- CRUZ RIVERO, Diego. “La tipificación de los contratos de distribución. Un comentario a las últimas propuestas de regulación”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, Nº 15, segundo semestre 2014.
- CRUZ RIVERO, Diego. “La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. El proyecto de Ley de contratos de distribución y la propuesta de Código Mercantil.” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015.
- DE LASSALETTA, Juan Antonio. “La distribución comercial y los contratos de logística y de transporte”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- DE NADAL ARCE, Santiago. “Los contratos de distribución y las restricciones a la libre competencia”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- DEVAUREIX, Jean, PATIÑO RIVERA, Natalia y PÉREZ FERNÁNDEZ, Patricia. “Dos visiones sobre la indemnización por clientela en los contratos de distribución. El

proyecto de ley de contratos de distribución”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013.

- DIAZ ECHEGARAY, Jose Luis. “El Contrato de Distribución Exclusiva o de Concesión”. En: *Contratos Mercantiles*. Dir(s). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, CALZADA CONDE, María Ángeles. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2004.
- DIEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, las relaciones obligatorias, tomo II*. Ed. Civitas, Madrid 1996.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Los Contratos de Distribución. Propuesta de construcción unitaria”. *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*. Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, 1984-85.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”. *Revista de Derecho Mercantil*. Nº. 177, 1985.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Los Contratos de Distribución: Agencia Mercantil y Concesión Comercial”. En: *Contratos internacionales*. Coord. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. Ed. Tecnos, Madrid 1997.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Compra y venta exclusiva. Marca Única”. En: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del*

derecho contractual europeo: Repercusiones en el Derecho Español y en la Práctica Contractual. Dir. CARBAJO CASCÓN, Fernando. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

- DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio. “Distribución autorizada y distribución selectiva (especialidades)”. En: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual*. Dir. CARBAJO CASCÓN, Fernando. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
- DORADO PICÓN, Antonio. “El arbitraje y la mediación en España”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Nº 29, enero 2013.
- DUCROCQ, Cedric. *La Nouvelle Distribution*. Ed. Dunod, París 2006.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor. “La Distribución Mayorista: Proveedores, Centrales de Compra y Centrales de Intermediación.” En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor. “Problemas de política Jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, N°10, 2012.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María. “Duración de los Contratos de Distribución Comercial”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto,

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010.

- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto. “La regulación de los contratos de distribución, actos de boicot y contratos de distribución”. En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010.
- FABRE, Pierre, *Concurrence, Distribution, Consomation*, Ed. Dalloz, París, Francia, 1983.
- FERRIER, Didier. “Los Contratos de Distribución en Europa”. En: *La reforma de los contratos de distribución comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013.
- GALGANO, FRANCESCO. “Le obbligazione e i contratti.” En: *Diritto Civile e Commerciale, vol. II*. Ed. Cedam, Padova 1990.
- GARBAYO BLANCH, Juan. “La responsabilidad del proveedor y distribuidor frente a los destinatarios finales de los bienes o servicios comercializados”. En: *La reforma de los contratos de distribución comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s).

ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013.

- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. “La protección de los consumidores en la CEE”. *Estudios sobre consumo*. Nº. 17, 1990.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. “Consideraciones generales sobre la Ley 23/2003, de 10 de junio, de garantías en la venta de bienes de consumo.” *Estudios de derecho judicial*. Nº. 50, 2004.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. “El régimen de garantías en la distribución comercial”. En: *Contratos de distribución comercial. Garantías personales*. Dir. HERRERO GARCÍA, María José, Coord. ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, GARCÍA VICENTE, José Ramón, VAQUERO PINTO, María José. Ed. Ratio Legis, Salamanca 2010.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. “La prohibición de los actos de engaño y omisiones engañosas”. En: *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*. Coord. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014.
- GARCÍA GUARDIA, María Luisa, ALCARAZ LLADRÓ, Antonio y FERNÁNDEZ MARTÍN, Ícaro. “La distribución comercial en la comunicación con el pequeño comercio independiente en el marco de la web 2.0.” *Revista Historia y Comunicación Social*. Vol. 18. Nº Especial Diciembre 2013.

- GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006.
- GARCÍA HERRERA, Alicia. *El impacto del tiempo en los contratos de franquicia y distribución exclusiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
- GARCÍA RUBIO, María Paz. “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil”. *Revista de Derecho Civil*, Vol.1, Nº. 1, enero-marzo 2014.
- GARCÍA VIDAL, Ángel. “Los contratos de distribución de vehículos (análisis de una regulación cuasi non nata)”. *Revista Actualidad Civil*, Nº 20, Quincena del 16 al 30 Noviembre 2011.
- GÓMEZ LOZANO, María del Mar. “Artículo 10. Actos de comparación.” En: *Comentarios a la ley de competencia desleal*. Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2011.
- GÓMEZ LOZANO, María del Mar. “Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/ CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión [DOUE, L n.º 328, de 18-XII-2019]”. *Ars Iuris Salmanticensis AIS: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*. Vol. 8, nº 1, 2020.

- GÓMEZ SEGADE, José Antonio. “Los bienes inmateriales en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. En: “*Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*”. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015.
- GRAS SAGRERA, Jordi. “Los contratos de distribución y la resolución de conflictos: jurisdicción y arbitraje”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- IZAIAS FONSECA DE MACEDO, Haila. *La aplicación de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías a los contratos de distribución*. Tesis Doctoral. Dir. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. Universidad Carlos III de Madrid, 2017.
- JARNE MUÑOZ Pablo. “La responsabilidad precontractual en el sector de la Distribución comercial”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 13, 2013.
- JARNE MUÑOZ, Pablo. “Aproximación a la problemática de los objetivos comerciales en los contratos de concesión mercantil”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Ed. La Ley, Nº 18, Primer semestre 2016.
- JARNE MUÑOZ, Pablo. “El *intuitu personae* en los contratos de distribución integrada”. *Revista Actualidad Civil*, Ed. La Ley, Nº 6, Junio 2016.

- JARNE MUÑOZ, Pablo. “Algunas consideraciones sobre la problemática regulación de los contratos de distribución comercial”. *Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*. Vol. 4, Nº. 2, diciembre 2016.
- JORDANO BAREA, Juan Bautista. *Los Contratos Atípicos*. Ed. Reus, 1953.
- KOCHER, Dirk. “Analoge Anwendung des Handelsvertreterrechts auf Vertragshändler in Europa”. *RIW*, 2003, 512, Nº 7.
- LARA GONZÁLEZ, RAFAEL. “El Contrato de Agencia en Italia: Notas sobre su regulación actual”. *Revista Jurídica de Navarra*. Nº 18, 1994.
- LASCORZ COLLADA, María Cruz. “El desistimiento unilateral en los contratos de tracto sucesivo: Civil vs Common Law en los contratos de distribución”. *Revista de Derecho Brasileño*, año 4, vol. 9, Edición Especial, 2014.
- LASCORZ COLLADA, María Cruz. “Análisis jurisprudencial de la extinción de los contratos de distribución”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Ed. Aranzadi, Nº. 11, 2014.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes. “El contrato de distribución exclusiva o concesión comercial como contrato de prestación de servicios a efectos de la aplicación del foro conflictual del Reglamento Bruselas I. Comentario a la STSH de 19 de diciembre de 2013 (Corman-Collins S.A)”. *Revista de la Unión Europea*. Nº. 13, 2014.

- MACÍAS CASTILLO, Agustín. “Distinción jurisprudencial entre el contrato de distribución o concesión mercantil y el contrato de agencia. Análisis de la STS de febrero de 2004”. *Revista Actualidad Civil*. Nº 22, Quincena del 16 al 31 Diciembre 2004.
- MARÍN CASTÁN, Francisco. “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los contratos de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- MARQUÉS JARQUÉ, Ignacio. “Los contratos de distribución y la competencia desleal”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaume. “Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución. Estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas.” *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 285, 2012.
- MARTINEK, Michael y SEMLER, Franz-Jörg. *Handbuch des Vertriebsrechts*. Ed. Beck, Múnich, Alemania, 1997.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando. “La indemnización por clientela de los distribuidores”. *Congreso de Distribución Comercial y Derecho de la Competencia*. Madrid 2008.
- MASSAGUER, José. “El incumplimiento de códigos de conducta como acto de competencia desleal”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*.

Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013.

- MIQUEL PERIS, Salvador, PARRA GUERRERO, Francisca, LHERMIE, Christian, y MIQUEL ROMERO, María José. *Distribución Comercial*, Ed. ESIC, Madrid 2008.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge. “Consideraciones sobre el Contrato de Suministro. Apropósito del laudo arbitral de Barcelona de 5 de Enero de 2001.” *Anuario de Justicia Alternativa*. Nº. 2, Febrero 2001.
- MOLINILLO JIMÉNEZ, Sebastián. *Distribución Comercial Aplicada*. Ed. ESIC, Madrid 2014.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio. “Régimen jurídico de los contratos de distribución. De la D.A. 1.^a de la Ley del Contrato de Agencia por la que se establece el régimen jurídico de la distribución de vehículos automóviles e industriales al proyecto de ley de contratos de distribución.” *Revista Derecho de los Negocios*. Nº 252, septiembre 2011.
- MÜLLER-GRAFT, Peter Christian. “Los Contratos de Distribución en Europa”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013.

- NAVARRO MÁÑEZ, Miguel y ARRIBAS OCHOA, Carlos. “La Aplicación a la Franquicia del Régimen Propuesto para el Contrato de Distribución: Una Valoración Crítica”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013.
- PAISÁN RUIZ, Pablo. “La Nueva Regulación de los Contratos de Distribución de Vehículos”. *Revista Economist & Jurist*. Nº. 151, 2011.
- PARDOLESI, Roberto. “I contratti di distribuzione”. *Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell’Università di Bari*. Napoles 1979.
- PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. *Los Contratos de Distribución Comercial. Problemas de Derecho Internacional Privado en la Comunidad Europea*. Ed. Bosch, Madrid 1999.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. “Formación del Contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución.” En: *Los Contratos de Distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. “Tendencias legislativas actuales en materia de morosidad. Ley 15/2010 y Directiva 2011/7”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s).

ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013.

- PÉREZ FERNÁNDEZ, Patricia. “Reforma de la Ley alemana de Defensa de la Competencia (Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gwb)”. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*. Nº 11, 2012.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José. “Anotaciones al Derecho de Obligaciones”. *Notas a Enneccerus, Derecho Civil, Parte General, Vol. II*. Madrid 1950.
- PÉREZ PEREIRA, María. “Contratos de distribución: entre teoría y realidad”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Francisco Javier. “Franquicia y contratos de distribución en el Anteproyecto de Código Mercantil”. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Dir(s). MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015.
- PLANA PALUZIE, Alex. “El contrato de distribución en la propuesta de Código Mercantil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 8, diciembre 2013.

- PRISCOLI, Lorenzo. “I contratti di distribuzione come categoria unitaria”. *Giurisprudenza commerciale*. 1994.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel. “El dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Código Mercantil”. *Diario La Ley*, N° 8.486, 2015.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. “El uso por el distribuidor de signos distintivos del fabricante o proveedor”. En: *Los contratos de distribución*. Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. “Deberes precontractuales de información (A propósito del régimen propuesto en el Proyecto de Ley de contratos de distribución de 29 de junio de 2011)”. En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial*. Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. “Alcance de la modificación del régimen sobre marcas en relación con el contrato de licencia de marca”. *La Ley Mercantil*. N° 59 (junio) 2019.
- SACRISTÁN BERGIA, Fernando. “Tratos preliminares y contratos de distribución”. En: *Los contratos de distribución comercial*. Ed. La Ley, Madrid 2010.

- SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *Instituciones de Derecho Mercantil. Vol. II.* Ed. Thomson Reuters, Navarra 2011.
- SANTINI, Gerardo. *Il commercio. Saggio de economia del diritto.* Ed. Il Mulino, 2001.
- SCHULZE, Reiner. “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”. *Textos básicos de Derecho privado europeo.* Ed. Marcial Pons, Madrid 2002.
- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo. “Consideraciones sobre la cláusula de exclusiva y los contratos de distribución con ocasión de la propuesta de anteproyecto de ley de contratos de distribución”. En: *Los Contratos de Distribución.* Dir(s). UREBA ALONSO, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge. Ed. La Ley, Madrid 2010.
- SIRVENT GARCÍA, Jorge. “La imposición del precio de reventa en los contratos de distribución vertical con cláusula de exclusiva”. En: *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez.* Coord. LLAMAS POMBO, Eugenio. Ed. La Ley, Madrid 2006.
- SUÑOL LUCEA, Áurea. “Actuación en el mercado con finalidad concurrencial como presupuestos de la sujeción de una conducta a la Ley de Competencia Desleal” En: *La Reforma de los Contratos de Distribución Comercial.* Dir(s). VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor, RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Coord(s). ARRANZ MADRID, María Dolores, MORENO SERRANO, Enrique. Ed. La Ley, Madrid 2013.

- TORRUBIA CHALMETA, Blanca. “El Contrato de Franquicia”. *Revista Cuadernos de Derecho y Comercio*. Nº 54, 2010.
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca. “El Contrato de Distribución Selectiva”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. Nº 8, Enero-Junio 2011, Ed. La Ley.
- URIARTE CONDÓN, Aner. El futuro Código Mercantil visto por un Magistrado de lo Mercantil. *Revista Derecho de los Negocios*. Nº. 194, 2013.
- VALLESPÍN PÉREZ, David. “Aspectos procesales de los contratos de distribución mercantil”. *Práctica de Tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*. Ed. La Ley, Nº 105, Noviembre-Diciembre 2013.
- VALENZUELA GARACH, Francisco Javier. “El contrato de Concesión Mercantil y su extinción por denuncia unilateral”. *Revista de Derecho Mercantil*. Nº. 225, 1997.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos. “Los “Principles of European Contract Law”: un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la Unión Europea”. *Noticias de la Unión Europea*. Nº 159, 1998.
- VAZQUEZ ALBERT, Daniel. “La terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales”. En: *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Dir. VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

- VÁZQUEZ CASIELLES, Rodolfo y TRESPALACIOS GUTIÉRREZ, Juan Antonio. *Distribución Comercial: estrategias de fabricantes y detallistas*. Ed. Cívitas, Madrid 1997.
- VERGÉZ SÁNCHEZ, Mercedes. “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en la Propuesta de Código Mercantil”. *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 292, 2014.
- VERVA, Jacques y MESTDAGH, Tillo. *Contrats d’agence et de distribution en France et en Belgique* Chambre De Commerce Franco-Belge Du Nord de la France.
- VICENT CHULIÁ, Francisco. “Los contratos empresariales. Compraventa y otros contratos”. En: *Introducción al Derecho Mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
- VOLLER, Paul. *Agency and Distribution Agreements (UK)*. Bircham Dyson Bell. 2009. <https://globaledege.msu.edu/content/trade-law/united-kingdom.pdf>
- ZURITA HERRERA, Pedro. “Duración y extinción del contrato de distribución en el Proyecto de Ley del Contrato de Distribución”. *Revista de Derecho Patrimonial*. Ed. Aranzadi, Nº 29, 2012.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 13 de enero de 1994, (C-376/92), Metro SB-Grossmärkte y Co.KG contra Cartier SA.
- STJUE de 23 de febrero de 1999, (C-63/97), Bayerische Motorenwerke AG (BMW) y BMW Nederland BV/Ronald Karel Deenik.
- STJUE de 7 de abril de 2016 (C-315/14), Marchon Germany GmbH e Yvonne Karaszkieviz.
- STJUE de 6 de diciembre de 2017, (C-230/2016), Coty Germany GmbH y Parfümerie Akzente GmbH.

2. TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1ª DE LO CIVIL).

- STS de 21 de diciembre de 1963, Sala de lo Civil (RJ 1963/5363).
- STS de 30 de junio de 1964.
- STS de 21 de octubre de 1966.
- STS de 21 de abril de 1974.
- STS de 22 de marzo de 1988, Sala de lo Civil (RJ 1988/2224).

- STS de 16 de febrero de 1990, Sala de lo Civil (RJ 1990/2754).
- STS de 6 de septiembre de 1991, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1598/1989 (RJ 1991/6045).
- STS de 15 de octubre de 1992, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1709/1990 (RJ 1992/7823).
- STS de 17 de marzo de 1993, Sala de lo Civil (RJ 1993/2289).
- STS de 27 de mayo de 1993, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2778/1990 (RJ 1993/3986).
- STS de 8 de noviembre de 1995, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1315/1992 (RJ1995/8637).
- STS de 14 de febrero de 1997, Sala de lo Civil, Rec. nº. 509/1993 (RJ 1997/1418).
- STS de 12 de junio de 1999, Sala de lo Civil, Rec. nº. 4398/1997 (RJ 1999/4292).
- STS de 4 de octubre de 1999, Sala de lo Civil, Rec. nº. 236/1995(RJ 1999/7011).
- STS de 15 de noviembre de 1999, Sala de lo Civil, Rec. nº 484/1995 (RJ 1999/8865).
- STS de 1 de febrero de 2001, Sala de lo Civil, Rec. nº. 27/1996 (RJ 2001/2231).

- STS de 31 de octubre de 2001, Sala de lo Civil, Rec. nº 2170/1996 (RJ 2002/227).
- STS de 26 de abril de 2002, Sala de lo Civil, Rec. nº. 4429/1998 (RJ 2002/5244).
- STS de 14 de julio de 2003, Sala de lo Civil, Rec. nº 3686/1997 (RJ 2003/5837).
- STS de 5 de febrero de 2004, Sala de lo Civil, sentencia nº. 70/2004 (RJ 2004/639).
- STS de 18 de marzo de 2004, Sala de lo Civil, Rec. nº 1360/1998 (RJ 2004/2147).
- STS de 21 de noviembre de 2005, Sala de lo Civil, Sentencia. nº 886/2005 (RJ 2005/7677).
- Acuerdo del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2005, Sala de lo Civil, Acuerdo nº 3/2005 (JUR 2007/114357).
- STS de 9 de febrero de 2006, Sala de lo Civil, Sentencia nº 102/2006 (RJ 2006/671).
- STS de 6 de noviembre de 2006, Sala de lo Civil, Rec. nº. 517/2000 (RJ 2006/9425).
- STS de 20 de marzo de 2007, Sala de lo Civil, Rec. nº 2214/2000 (RJ 2007/2622).

- STS de 21 de marzo de 2007, Sala de lo Civil, Rec. nº 1483/2000 (RJ 2007/2620).
- STS de 31 de julio de 2007, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Rec. nº 899/2007 (RJ 2007/5093).
- STS de 18 de septiembre de 2007, Sala de lo Civil, Rec. nº. 4426/2000 (RJ 2007/5445).
- STS de 15 de enero de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº. 4344/2000 (RJ 2008/1393).
- STS de 26 de marzo de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº 293/2001 (RJ 2008/4128)
- STS de 3 de marzo de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº 5785/2000 (RJ 2008/2935).
- STS de 26 de junio de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº 973/2001 (RJ 2008/3305).
- STS de 9 de julio de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2343/2001 (RJ 2008/4369).
- STS de 22 de julio de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº. 3868/2001 (RJ 2008/4610).
- STS de 15 de octubre de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2789/2002 (RJ 2008/7126).
- STS de 3 de diciembre de 2008, Sala de lo Civil, Rec. nº 2925/2003 (RJ 2009/670).

- STS de 4 de marzo de 2009, Sala de lo Civil, Rec. nº. 99/2009 (RJ 2009/1626).
- STS de 20 de mayo de 2009, Sala de lo Civil, Rec. nº. 914/2005 (RJ 2009/3184).
- STS de 16 de febrero de 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2397/2005 (RJ 2010/537).
- STS de 10 de marzo de 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº 2492/2005 (RJ 2010/2337).
- STS de 25 de marzo de 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº 459/2006 (RJ 2010/2530).
- STS de 22 de junio de 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº 838/2006 (RJ 2010/5408).
- STS de 12 de julio 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº 2004/2006 (RJ 2010/3905).
- STS de 29 de septiembre de 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1149/2007 (RJ 2010/7152).
- STS de 30 de diciembre de 2010, Sala de lo Civil, Rec. nº 216/2007 (RJ 2011/149).
- STS de 3 de marzo de 2011, Sala de lo Civil, Rec. nº. 149/2011 (RJ 2011/2622).
- STS de 15 de marzo de 2011, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1463/2007 (RJ 2011/3321).
- STS de 31 de mayo de 2012, Sala de lo Civil, Rec. nº. 341/2012 (RJ 2012/6549).

- STS de 16 de julio de 2012, Sala de lo Civil, Rec. nº. 258/2010 (RJ 2012/10100).
- STS de 10 de septiembre de 2012, Sala de lo Civil, Rec. nº. 900/2009 (RJ 2012/9011).
- STS de 15 de julio de 2013, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2079/2011 (RJ 2013/5917).
- STS de 27 de mayo de 2015, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1579/2013 (RJ 2015/2485).
- STS de 16 de marzo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2541/2013 (RJ 2016/858).
- STS de 30 de mayo de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº. 148/2014 (RJ 2016/2293).
- STS de 19 de julio de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2451/2014 (RJ 2016/3210).
- STS de 22 de julio de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2009/2013 (RJ 2016/3447).
- STS de 7 de octubre de 2016, Sala de lo Civil, Rec. nº. 1627/2014 (RJ 2016/4738).
- STS de 1 de marzo de 2017, Sala de lo Civil, Rec. nº. 2672/2014 (RJ 2017/611).
- STS de 19 de mayo de 2017, Sala de lo Civil, Rec. nº. 3085/2014 (RJ 2017/2228).
- STS de 19 de diciembre de 2018, Sala de lo Civil, Rec. nº. 3351/2015 (RJ 2018/5533).

3. AUDIENCIAS PROVINCIALES.

- SAP de Madrid de 7 de marzo de 1998, Sección 10ª (AC 1998/7095).
- SAP de Girona de 21 de febrero de 2000, Sección 2ª, nº 105/2000 (AC 2000/194).
- SAP de Madrid de 20 de marzo de 2000, Sección 12ª, nº 191/2000 (JUR 2000/206726).
- SAP de Cantabria de 20 de septiembre de 2002, Sección 4ª (AC 2002/1730).
- SAP de Barcelona de 23 de diciembre de 2003, Sección 15ª (JUR\2004\90146).
- SAP de Madrid de 26 de mayo de 2004, Sección 14ª (AC 2004/1989).
- SAP de Madrid de 16 de septiembre de 2004, Sección 13ª, nº 582/2004 (AC\2004\2113).
- SAP de Málaga de 25 de enero de 2007, Sección 6ª, nº 59/2007 (JUR 2007\177471).
- SAP de Barcelona de 23 de marzo de 2005, Sección 15ª, nº. 129/2005 (JUR 2005/125115).
- SAP de Valencia de 2 de junio de 2006, Sección 9ª, nº 287/2008 (JUR 2009/26715).

- SAP de A Coruña de 13 de diciembre de 2006, Sección 5ª, nº 539/2006 (JUR 2007/297696).
- SAP de Málaga de 25 de enero de 2007, Sección 6ª, nº 59/2007 (JUR\2007\177471).
- SAP de Madrid de 18 de mayo de 2009.
- SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2010, Sección 13ª (AC 2010/1733).
- SAP de Vizcaya de 21 de septiembre de 2010, Sección 4ª, nº 700/2010 (AC 2010/1715).
- SAP de Zamora de fecha 5 de diciembre de 2014, Sección 1ª, nº. 194/2014 (AC 2015/82).
- SAP de Madrid de 30 de abril de 2015, Sección 25ª, nº 183/2015 (JUR 2015/151692).

4. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

- Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución de 8 de abril de 2003, Expdte. A 313/02, Pacto Foodservice-Mercat.

5. JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- SJM de Madrid de 3 de septiembre de 2007, nº. 102/2005 (AC 2008/177).

- SJM de San Sebastián de 3 de septiembre de 2015, nº 287/2015 (AC 2015/1784).
- SJM de Alicante de 20 de junio de 2014, nº 118/2014 (AC 2014/1056).

6. JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- SJP de Bilbao de 12 de enero de 2004, nº 12/2004 (AC/ 2004/171).