

TEMA 8. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Como hemos indicado en la introducción del Tema anterior, el Código Mercantil ha hecho una decidida apuesta por regular todo tipo de contratos, y dotar de una normativa más o menos prolija a una serie de modalidades contractuales de distribución de bienes que antes eran atípicas, y se dejaban por tanto a la autonomía privada de voluntad de las partes¹.

Así, señala la propia Exposición de Motivos (párrafo VI-85): *“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”*.

En efecto, esta nueva categoría se tipifica en el artículo 543-1 (verlo), que establece la noción de contrato de distribución, para luego señalar en el artículo 543-2 que por regla general, los contratos de distribución adoptarán alguna de las siguientes modalidades: compra o venta exclusiva, distribución autorizada, distribución selectiva, concesión mercantil o franquicia. Entendemos que la lista es meramente ejemplificativa, y no exhaustiva, pero basta una lectura rápida de estos preceptos para anticipar la problemática jurídica y litigiosidad que van a originar.

Hay otros aspectos de la propuesta que sí nos parecen más acertadas, como por ejemplo recoger en nuestra legislación la figura del contrato estimatorio (art. 544-1), de frecuente utilización en la práctica mercantil –especialmente por los operadores de la gran distribución: centros comerciales, grandes superficies, etc.- y que carecía de una regulación específica.

2. CONTRATO DE CONCESIÓN (O DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA).

Definición: Contrato de concesión es aquel por el cual una empresa (concesionario) se compromete a vender en una zona y en determinadas condiciones los productos de otro (concedente), y a prestar a los adquirentes de éstos productos determinada asistencia. La concesión es pues un contrato marco por el cual el concedente otorga durante un determinado período al concesionario el derecho a distribuir sus productos en una determinada zona; es típico de productos de marca que exigen una asistencia técnica especializada. Las sucesivas entregas de los productos hacen surgir contratos de compraventa entre concedente y concesionario, que se hallan regulados por las estipulaciones del contrato de concesión. El concesionario a su vez revende los bienes que ha adquirido a los clientes finales.

La diferencia entre el contrato de suministro y el contrato de concesión es clara:

¹ En fechas recientes se tramitó un Proyecto de Ley de Contratos de Distribución (Vid. B.O.E. nº 138-I, de 29 de junio de 2011), que finalmente no llegó a plasmarse en derecho positivo.

En el primero el suministrado adquiere durante un período de tiempo determinados bienes para su propio consumo o para la transformación en su propia empresa. Estamos ante una compraventa de tracto sucesivo. En la concesión por el contrario nos encontramos con un contrato marco por el cual se concede una zona y un derecho a distribuir en esa zona al concesionario, mientras que las entregas dan lugar posteriormente a una cadena de contratos de compraventa, cuya regulación se halla contenida en el contrato de concesión.

La diferente configuración jurídica es también expresión de la diferencia de los productos objeto de ambos contratos: mientras que en el suministro el objeto lo constituyen siempre bienes genéricos, la concesión está reservada a la distribución de bienes sofisticados con marca (automóviles, relojes, ropa...).

La concesión es un sistema de distribución que ofrece beneficios tanto para el concedente como para el concesionario. Para el concedente le permite establecer una red de distribución bajo su control pero sin riesgo alguno, pues es el concesionario el que invierte en abrir establecimientos; pero aunque el concesionario es en principio un empresario independiente, el concedente contractualmente se reserva una serie de derechos para garantizar que la imagen, la calidad y el nivel de asistencia del concesionario sea el que el concedente estima apropiado para sus productos. Para el concesionario el contrato también ofrece ventajas, pues no sólo le permite distribuir con beneficio y prestar asistencia técnica a los productos del concedente, sino que éste también le garantiza una zona de exclusiva en la cual se compromete a no designar nuevos concesionarios.

Regulación legal: el contrato de concesión carece de regulación legal en nuestro ordenamiento²; es un contrato marco al que se le puede aplicar por analogía las normas sobre pactos de exclusiva y sobre extinción de la LCA. A los sucesivos contratos de compraventa se les aplicará, sin dificultad, el C.Com. o el ConCVint, según los casos. El área dónde el contrato de concesión da lugar a máxima fricción es el de la defensa de la competencia. A través de la concesión de zonas en exclusiva, y la imposición de determinadas obligaciones (la de no distribuir productos de la competencia), el concedente obtiene un resultado contrario a la libre competencia: la compartimentación del mercado. Por ello la normativa de defensa de la competencia ve con gran desconfianza los contratos de concesión.

A nivel comunitario existían antes los Reglamentos (CEE) n º 1983/83 y (CEE) n º 1984/83, relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, a determinadas categorías respectivamente de acuerdos de distribución exclusiva y de compra exclusiva. Ambos han sido sustituidos por el Reglamento CE n º 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

² Por supuesto, la propuesta de Código Mercantil lo contempla, no como una categoría *a se*, sino estableciendo algunas previsiones específicas para esta modalidad contractual, como por ejemplo en lo relativo a la exclusividad geográfica o la prohibición de ventas activas (art. 543-15, verlo).

Obligaciones del concesionario: la obligación básica del concesionario es crear y mantener abierto al público un establecimiento de acuerdo con las características pactadas en el contrato. Desde ese establecimiento el concesionario debe comercializar los productos adquiridos al concedente, siguiendo las instrucciones de éste. En general el concesionario se obliga a adquirir un cupo determinado de producto para revenderlo. También es frecuente que el concesionario acepte una prohibición de distribuir cualesquiera productos que hagan competencia a los del concedente. Finalmente, el concesionario con frecuencia se compromete a prestar asistencia técnica a los adquirentes de los productos distribuidos, en las condiciones fijadas por el concedente.

Obligaciones del concedente: el concedente a su vez se obliga a vender al concesionario las cantidades de producto que éste le solicite. Con frecuencia el concedente otorga al concesionario un derecho de exclusividad, es decir asume el compromiso de no nombrar a otro concesionario dentro de la zona de exclusividad pactada con él.

Extinción: aunque ha sido una cuestión muy discutida en la doctrina, con resoluciones jurisprudenciales en un sentido y su contrario, finalmente puede afirmarse que en materia de extinción del contrato de concesión se aplican por analogía art. 26 y ss LCA.

3. CONTRATO DE FRANQUICIA.

Origen: se trata de un contrato que procede de los Estados Unidos y que paulatinamente va adquiriendo más importancia en Europa (ej. Franquicias Marco Aldany, TelePizza, Don Algodón, Benetton, McDonald's, etc.). Existen diferentes variedades del contrato de franquicia: “*package franchising*” (cesión al franquiciado de un modelo de fabricación y distribución a cambio de un canon), “*product franchising*” (franquicia de distribución de productos) y “*service franchising*” (franquicia de servicios).

Concepto: en el más común de los contratos de franquicia, el franquiciador suele transmitir al franquiciado: (i) el derecho a usar la marca, rótulos y signos distintivos, (ii) la franquicia o modelo de empresa en exclusiva para la zona pactada, (iii) el know-how comercial e industrial, (iv) las materias primas y (v) la formación del personal y asistencia técnica. En contraprestación, el franquiciado suele pagar: (i) una cantidad alzada, (ii) un porcentaje sobre la facturación, (iii) el precio de los productos suministrados y por la asistencia recibida. Es normal que ambas partes contribuyan a los gastos publicitarios.

Entre las obligaciones del franquiciado suele estar el cumplimiento de los manuales de procedimientos facilitados por el Comprador, con la finalidad de conseguir la necesaria uniformidad en la explotación de los diferentes centros franquiciados. Asimismo, no es esencial que el suministro de los bienes o productos se realice por el propio franquiciador; al contrario, en la práctica es normal que el suministro lo realicen otras empresas seleccionadas por el franquiciador y que han manufacturado los productos según diseños o especificaciones de éste.

Regulación legal: la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de enero de 1986, “*Pronuptia*”, diferencia el contrato de franquicia del de distribución en exclusiva, definiendo el primero como contrato de transmisión de un modelo empresarial

al franquiciado y, por lo tanto, basado en el “know how” que este último recibe, que justifica mayores restricciones a la competencia, en protección de aquel “know how” y de la unidad de la red de franquicia.

En Derecho Comunitario el contrato de franquicia ha sido contemplado como uno de los contratos que, con ciertos requisitos, no se considera contrario al art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (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).

En la legislación nacional el contrato de franquicia aparece regulado en el art. 62 de la Ley 7/1996 del Comercio Minorista (desarrollado por Real Decreto 2485/1998, de 13 noviembre), que lo define como cesión del derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos y servicios³. En el mencionado art. 62 se establece que con una antelación mínima de 20 días a la firma de cualquier contrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado la información necesaria para que éste pueda decidir libremente su incorporación o no a la red de franquicia. Igualmente se prevé la posibilidad de un desarrollo reglamentario regulando la actividad de cesión de franquicias y la creación de registros de franquiciadores.

A la vista de tan limitada regulación legal, a la franquicia deberán aplicarse por analogía las normas de otros contratos (por ejemplo, la compraventa mercantil a las diferentes entregas de productos -STS de 27 de septiembre de 1996-).

Para finalizar, cabe volver a insistir en una serie de aspectos esenciales que son los que caracterizan este contrato y lo distinguen de figuras afines:

- el franquiciado es un empresario independiente (que, por tanto, asume el riesgo de la inversión, lo que propicia mayores incentivos en su actividad comercial);
- hay una cesión del “concepto de negocio” (o know-how, que tiene que reunir una serie de caracteres para ser tal, en particular que sea sustancial, secreto e identificado);
- el franquiciador presta al franquiciado una asistencia continuada (en aspectos sobre todo de índole comercial: material promocional, formación del personal, participación en campañas publicitarias; esto distingue la franquicia de una mera “central de compras”, en la que el único objeto es la consecución de economías de escala en el abastecimiento de un producto para su posterior distribución minorista);
- existe, por parte del franquiciado, un sometimiento a las instrucciones del franquiciador (en opinión del prof. ALFARO, esto es lo que en última instancia

³ Aparece también en la propuesta de Código Mercantil, pero no como una categoría contractual específica dentro de los contratos de distribución, simplemente se establecen algunas previsiones específicas que se le aplican; *Vid.*, por ejemplo, el art. 543-17, que regula algunas obligaciones tanto del franquiciador como del franquiciado.

justifica la figura de la franquicia, ya que minimiza los costes de agencia y de transacción);

- hay un pago por parte del franquiciado en concepto de contraprestación al franquiciador por cederle el “concepto de negocio” que explota (suele dividirse en un canon de entrada y otros pagos periódicos o *royalties*).

4. EL CONTRATO DE SUMINISTRO.

Definición: entendemos por contrato de suministro aquel por el cual una parte (suministrador) se obliga a realizar en favor de otra (suministrado) entregas de una determinada cosa por un período determinado (son ejemplos de contrato de suministro los de agua, luz, carbón, etc.). El fin del contrato no es tanto la obtención de una cosa determinada sino la seguridad de que se prestará de forma periódica y regular.

Regulación jurídica: el contrato de suministro es un contrato atípico no previsto en nuestro derecho privado. Se asemeja al contrato de compraventa, con la diferencia que la compraventa es de tracto único, mientras que el suministro pretende establecer unas relaciones estables y duraderas entre las partes. El suministro es en realidad un contrato de compraventa duradero con entregas y pagos múltiples por ello lo más apropiado es aplicar al suministro la regulación de la compraventa en materia de obligaciones de las partes; únicamente se precisan reglas especiales para regular la extinción del contrato.

Al aplicarse la regulación de la compraventa, nos encontramos nuevamente con el problema de aplicar bien el régimen del C. Com (si el suministrado adquiere para revender con o sin transformación) del C.C. (si el suministrado compra para su consumo) o el de la compraventa internacional (si suministrador y suministrado tienen establecimiento en países diferentes y es de aplicación el ConCVint).

Régimen jurídico: sólo pueden ser objeto del contrato de suministro las cosas muebles genéricas (agua, gas, carbón, trigo, etc.). La determinación de las cantidades a entregar puede efectuarse directamente, fijando por ejemplo una cantidad por mes, o bien puede dejarse a discreción de una de las partes, siempre que en este caso se fije un máximo y un mínimo por unidad temporal. El precio en general se fija por cada unidad de bien que haya sido entregada, y el pago se efectúa periódicamente, en general con la misma cadencia que las entregas.

5. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN O CORRETAJE.

Concepto: es aquel contrato por el que una persona se obliga a abonar a otra, llamada mediador o corredor, una remuneración por indicarle la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o por servirle de intermediario en esa conclusión, siempre que haya contribuido eficazmente a ella, dependiendo su remuneración, salvo pacto en contrario, de la celebración del contrato en que ha intervenido.

Carácter: en la actualidad se trata de un contrato atípico, pero dejará de serlo cuando entre en vigor la propuesta de Código Mercantil, que lo contempla expresamente en su artículo 545-1 (verlo).