

# PROBLEMAS DE POLÍTICA JURÍDICA Y DE TÉCNICA JURÍDICA EN LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

JOSEBA A. ECHEBARRÍA SÁENZ

Profesor titular de D.º Mercantil  
Universidad de Valladolid

## RESUMEN

El cierre de la legislatura en octubre de 2011 impidió la aprobación del proyecto de ley de contratos de distribución. Dado que existen varios mandatos legislativos al Gobierno para aprobar una ley en este sentido, el trabajo presenta las diversas cuestiones de política legislativa que el legislador debe decidir y aborda las principales cuestiones jurídicas y polémicas sometidas a debate en el sector (información precontractual, comercio electrónico, deberes de lealtad en la ejecución del contrato, terminación y sus compensaciones). El autor se pronuncia en favor de una ley general de estilo funcional dotada de principios rectores y mecanismos de solución de conflictos específicos.

**Palabras clave:** Distribución, Ley, proyecto de ley, deberes de lealtad, redes comerciales, sistemas de resolución de conflictos, principios rectores, responsabilidad precontractual, información precontractual, comercio electrónico, mercados electrónicos, marges arriére, descuentos, terminación, inversiones específicas, clientela, jurisdicción.

## ABSTRACT

*The fall of the spanish legislature in october 2011 stoped the project of Law on distribution contracts. Due the existance of several orders to the government to pass a Law on this subject this work presents diferents questions about the politic options of the legislator and treat the main juridical points and controversial discussions in the sector (disclosure rules, e-commerce, fiduciary duties on contrac performance, termination and it's compensations). The author defends a general and functional Law endowed of general principles and alternative dispute resolutions.*

**Keywords:** *Distribution, Law, Project of Law, Fiduciary duties, alternative dispute resolution, principles, distribution networks, pre contractual liability, disclosure duties, e-commerce, e-markets, discounts, marges arriére, termination, return on investments, goodwill, jurisdiction.*

## SUMARIO

- I. EL PROYECTO DE LCD: ANTECEDENTES Y CUESTIONES PENDIENTES DE POLÍTICA Y TÉCNICA JURÍDICA

- II. *¿REGULAR O NO REGULAR LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN? POR UN MODELO DE LEY GENERAL Y FUNCIONAL*
  - 1. *¿Regular o no regular?*
  - 2. *¿Ley funcional o ley de tipos? ¿Ley general o leyes sectoriales?*
- III. *ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES CUESTIONES IMPLICADAS EN UNA LCD*
  - 1. *La necesidad de impulsar unos Principios Rectores*
  - 2. *La forma del contrato: la necesidad de forma escrita*
  - 4. *El necesario tratamiento de la fase precontractual*
    - 4.1. *Ruptura de las negociaciones y negociación abusiva*
    - 4.2. *Información precontractual*
    - 4.3. *Efectos de la obligación de información*
    - 4.4. *Condiciones generales de la contratación*
- IV. *CONFLICTOS EN LA EJECUCIÓN DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES DE DISTRIBUCIÓN*
  - 1. *Abusos de dependencia y financiaciones encubiertas*
  - 2. *Atribución de ventas directas y ventas por Internet. Mercados electrónicos*
- V. *LA ETERNA CUESTIÓN DE LA TERMINACIÓN CONTRACTUAL*
  - 1. *Duración del contrato, extinción de los contratos y tácita reconducción*
  - 2. *Indemnizaciones y compensaciones por terminación*
    - 2.1. *Supuestos de hecho: indemnizaciones vs. compensaciones*
    - 2.2. *Valoración de las partidas indemnizables o compensables*
    - 2.3. *Exclusiones*
- VI. *OTRAS CUESTIONES: REDES DE SEGUNDO NIVEL, JURISDICCIÓN...*
- VII. *BIBLIOGRAFÍA*

## I. EL PROYECTO DE LCD: ANTECEDENTES Y CUESTIONES PENDIENTES DE POLÍTICA Y TÉCNICA JURÍDICA

La entrada en el Congreso, por primera vez, de un Proyecto de ley de contratos de distribución comercial ha supuesto un hito en el devenir de la regulación en esta materia. El cierre anticipado de la legislatura, ciertamente, ha hecho que decaiga el proyecto, pero la cuestión de si se deben regular o no los contratos de distribución comercial, y en qué términos, queda como cuestión abierta que se traslada a la siguiente legislatura. Cuestión polémica si nos atenemos al grado de controversia existente entre las diversas organizaciones profesionales del sector y a la diferencia de pareceres con la que ha sido recibido el proyecto.

Conviene hacer un pequeño recorrido sobre cómo se llegó a presentar el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución (PLCD), para a continuación exponer las diversas cuestiones de técnica y de política jurídica implicadas en la regulación del sector.

Por señalar un término de inicio indiquemos que en el año 2006, la sección de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia publicó una propuesta de anteproyecto de Ley general de contratos de distribución, en su mayor parte redactada en el año 2002, y que no llegó a tramitarse por el Ministerio de Justicia. Posteriormente, en sesión de 20 de marzo de 2007, mediante proposición no de ley presentada por el grupo parlamentario catalán *Convergència i Unió*, el Congreso de los Diputados encargó al Gobierno realizar un análisis de la situación vigente en el ámbito de los contratos de distribución comercial con el fin de llevar a cabo las modificaciones legislativas que pudieran resultar pertinentes. El texto era el 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». En paralelo, en el año 2008, la Federación de Concesionarios de Automoción (FACONAUTO), encabezó una iniciativa legislativa popular para una Proposición de Ley de Contratos de Distribución, que no alcanzó el número de 500.000 firmas de electores requerido por la legislación vigente. El informe requerido por el Congreso en el año 2007 finalmente fue realizado por la Dirección General de Comercio Interior, tras una amplia consulta a las organizaciones representativas de los sectores afectados, y se presentó en el Congreso de los Diputados en febrero de 2009. El Informe desarrolla un análisis de diversos sectores implicados y pone en evidencia la diversidad de situaciones existentes, así como la proliferación de determinadas prácticas conflictivas entre los operadores del sector.

La situación resultante podía tildarse de «impasse», cuando por la disposición adicional undécima de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, aprobada para la adaptación a la Directiva de Servicios, se estableció que «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» se impone un mandato al Gobierno para regular este sector, diciendo expresamente que «éste procederá a regular el régimen jurídico de los contratos de distribución comercial». No parecía que dicho mandato fuera a ser atendido cuando de manera inesperada, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, introdujo en su disposición adicional decimosexta una regulación, autodenominada transitoria, y limitada en su ámbito al sector de la automoción bajo el argumento de modificar la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia<sup>(1)</sup>. Esta disposición provocó una auténtica conmoción en el sector por sus contenidos<sup>(2)</sup> y derivó en un proceso acelerado de contactos del cual resultó el acuerdo unánime de las CC.AA. con el Ministerio de industria ordenando la redacción de un proyecto de ley y la pronta suspensión de la disposición adicional decimosexta de la LES (Acuerdo de 7 de marzo de 2011). Acuerdo que se materializó en la Disposición final 4.ª de la Ley de modificación de la ley de sistemas de pagos<sup>(3)</sup> (¡!) que suspendió hasta la entrada en vigor de la LCD la eficacia de la Disp. Adic. 16.ª de la LES y ordenó que «En el plazo de seis meses, el Gobierno aprobará y remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley de Contratos de Distribución Comercial». Y en paralelo, el acuerdo entre las principales asociaciones del sector de automoción, fabricantes, importadores concesionarios y talleres de reparación, para colaborar con el Ministerio de industria en la elaboración de un código de buenas prácticas del sector de automoción que fue finalmente suscrito en junio de 2011. Atendiendo a estos mandatos el Ministerio de Industria encargó la redacción de un borrador de anteproyecto de ley (ALCD) al Instituto del Mercado y de la Competencia de la Universidad Rey Juan Carlos y en concreto a los profesores Jorge VIERA GONZÁLEZ y a quien hoy redacta estas paginas Joseba A. ECHEBARRÍA SÁENZ. El borrador y los contactos previos

(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...»

(2) La DA 16.ª contemplaba, a modo de ejemplo, el deber de recompra de la totalidad del stock en almacén del distribuidor, la indemnización por clientela como norma general, la libre cesión del contrato a terceros por el concesionario y la retroactividad plena de la propia disposición.

(3) Ley por la que se modifica la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos 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 mejora de la contratación pública. Con lo que la DA 16.ª no llegó a estar en vigor ni dos meses...

con todas las asociaciones representativas del sector, así como con la Comisión General de Codificación y el Ministerio de Justicia se tuvo que hacer en un tiempo record, con el fin de permitir la tramitación con las diversas instancias implicadas (comisión de subsecretarios, Primera vuelta ante el Consejo de Ministros, Comisión de Secretarios de Estado, Aprobación en Consejo de Ministros, Informe previo de la CNC...) en plazo que permitiera su presentación y tramitación en el período de legislatura pendiente. Durante la tramitación previa se obtuvo el consenso necesario para que el proyecto fuera presentado conjuntamente por el Ministerio de Industria y el Ministerio de Justicia.

En este punto ya resulta necesario precisar que los plazos de la legislatura y los términos del acuerdo de 7 de marzo, que daba un plazo inferior a seis meses para presentar un proyecto de ley en el Congreso, implicaban una serie de limitaciones que condicionaron tanto el APLCD como el PLCD finalmente resultante. En concreto, dada la premura a la que se sometían las negociaciones quedó descartado en origen cualquier tipo de modificación que pudiera afectar a las leyes recientemente modificadas como la LOCM, la Ley de Competencia Desleal o la de adaptación a la directiva de servicios, así como cualquier aspecto que pudiera afectar a las competencias de las CC.AA., ante la imposibilidad de entablar una negociación a diecisiete bandas en los plazos señalados. Esto afectó fundamentalmente a la posibilidad de regular con comodidad las instituciones de la distribución que subsisten residualmente en la LOCM, como la venta multinivel y, en especial, la franquicia (Art 62 LOCM), que pese a estar reguladas por un título competencial distinto del que constituye competencia de las CC.AA. (bases de las obligaciones mercantiles), quedaba excluida de un tratamiento conjunto ante el riesgo de que se produjera alguna impugnación por algún gobierno autonómico presa de un arrebató de celo competencial.

Finalmente, pues, en el BOCD de 29 de junio de 2011 entró en el Congreso el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución bajo la tutela de la Comisión de Industria del Congreso y con tramitación de urgencia, si bien la convocatoria anticipada de elecciones y el cierre de la legislatura no ha permitido su aprobación o modificación por la Comisión con competencia plena y no llegó al Senado.

No es este el momento de recoger las diversas reacciones que suscitó el borrador en sus sucesivas etapas o el mismo anteproyecto una vez fue publicado en la Memoria de Impacto Normativo (MAIN), pues buena parte de las mismas obedeció a documentos parciales que no debieron divulgarse, a simples rumores, a lecturas apresuradas y poco meditadas y, porqué no, a lecturas interesadas y a estrategias de parte ante la inminente regulación. Lo que interesa ahora, dado que el mandato del Congreso hacia el Gobierno que resulte de la urnas el próximo 20 de noviembre continúa vigente, lo mismo que las razones que aconsejaban la regulación del sector, es discutir si es necesario regular el sector y en qué términos. Cuáles son los aspectos que debería cumplir una ley de contratos de distribución conforme a criterios científicos, económicos, técnicos y sociopolíticos. Dado que mi postura queda en buena medida expuesta en el Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, procederé a exponer las que a mi juicio son las principales cuestiones de política y técnica jurídica implicadas tomando como hilo referencial tanto el PLCD como el APLCD para indicar lo que creo que se debería hacer en un proceso legislativo pausado y razonado.

Procedamos:

## II. ¿REGULAR O NO REGULAR LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN? POR UN MODELO DE LEY GENERAL Y FUNCIONAL

La primera cuestión que se plantea ante un proyecto de ley de contratos de distribución es la propia necesidad del mismo

### 1. ¿Regular o no regular?

El primer argumento utilizado en contra de la regulación es, que no hace falta. No hace falta porque el sector funciona eficientemente y porque el derecho general de las obligaciones cubre sobradamente cualquier tipo de conflicto que pueda suscitarse. A mayores, es frecuente alegar que una regulación de los contratos de distribución introduciría una rigidez excesiva en el sector e impediría la adaptación a las necesidades del mercado y, finalmente, que cualquier conflicto existente se puede solucionar y se resuelve por medio de la autorregulación. Vayamos por partes.

Ojala creyera que este es el caso. No parece ser esta la impresión que las propias asociaciones empresariales de la distribución manifiestan en sus declaraciones de prensa o ante el Ministerio de Industria en sus comparecencias. Tampoco es la impresión que se deduce de los informes ministeriales o de la Comisión Nacional de la Competencia, que aunque mantienen posiciones enfrentadas respecto al alcance de la necesidad de regulación, constatan al unísono la existencia de fallos de mercado. Tampoco da esa impresión un simple paseo por las bases de datos que recogen las sentencias de nuestros tribunales superiores. Ante la introducción del concepto distribución, concesionario, o palabras similares, cualquier lector podrá observar el número de sentencias que aparecen y constatar que, en efecto, el grado de conflictividad en el sector es muy elevado.

Siento personalmente una mayor afinidad con la pretensión de que los conflictos contractuales se solucionen aplicando las bases de las obligaciones mercantiles, pero aquí tropezamos con varios inconvenientes; en primer lugar el hecho de que la jurisprudencia no parece haber sido capaz de solucionar convenientemente y con claridad múltiples conflictos, a pesar de que han transcurrido más de 30 años desde que comenzaron a plantearse los supuestos. Incluso temas estrella y de rabiosa actualidad, como la terminación del contrato han tardado 35 años en perfilar una jurisprudencia que podemos considerar estable, que no soluciona todos los problemas que se plantean (valoración de la indemnización) y que resulta volátil en sus soluciones precisamente por la imprevisión legal y las ausencias de criterio que esta imprevisión dejan en las materias enjuiciadas (renunciabilidad de la indemnización, etc.). Sin dudar de la calidad de las soluciones jurisprudenciales, me limito a señalar que el ritmo de solución jurisprudencial no es adecuado a las necesidades del sector y a la necesidad de disminuir la conflictividad entre los operadores económicos.

En segundo lugar, está la cuestión de la obsolescencia de planteamientos de nuestro CC y la insuficiencia de nuestro C. Co. Seguimos anclados en un modelo que toma como referencia el contrato de compraventa sinalagmático y oneroso y que basa todas sus soluciones en dicho modelo. Considero además necesario el fomento de una **cultura de resolución de conflictos** ajena a la terminación del contrato.

Nuestro derecho de obligaciones decimonónico se basa en los contratos sinalagmáticos simples bilaterales y onerosos. No se contemplan los contratos de colaboración, las relaciones complejas de adquisición de productos y servicios y menos aún cuestiones como la existencia

de las redes empresariales con el problema de dirección comercial, las relaciones horizontales entre los miembros de la red, etc. etc.<sup>(4)</sup>. Mientras en los países de nuestro entorno inmediato se dispone de legislaciones más modernas o se han abordado frecuentes reformas de la legislación mercantil de los contratos, y como ejemplo más paradigmático está el Derecho francés que ya lleva seis reformas en materia de contratación en el sector de la distribución comercial<sup>(5)</sup>, nuestro Derecho de obligaciones continúa en los términos en los que se formuló en el siglo XIX.

Ante una situación de conflicto en la ejecución del contrato nuestros Códigos ofrecen la opción de impulsar el correcto cumplimiento o el incumplimiento, con indemnización de daños en ambos casos. El remedio que se ofrece a los conflictos en la ejecución de los contratos complejos de tracto sucesivo es pues, el pleito (Art. 1101 y ss. CC y en especial Art. 1124 CC). Este tipo de solución raramente se cohesiona con las relaciones de tracto sucesivo y contenido complejo en las que hay multitud de obligaciones simultáneas y deberes y valores compartidos. Olvidémonos ahora de la escasa aptitud del sistema para afrontar cuestiones como los conflictos horizontales o de segundo nivel en el seno de redes de distribución<sup>(6)</sup>. El hecho es que la ley orienta a las partes hacia el pleito porque piensa fundamentalmente en el incumplimiento de la prestación aislada y a nadie se le escapa que la denuncia es una medida que implica de ordinario el fin de la relación contractual y que se interpreta como una agresión jurídica. Esto ha hecho, que en el seno de los contratos de colaboración distributivos, los conflictos de pequeño y mediano nivel, que no deciden a la parte a promover la resolución del contrato, queden enquistados hasta el momento de la terminación contractual y que la situación de dependencia económica sea la que determina cuál de las partes implicadas en el conflicto se somete en pro de la continuidad del acuerdo y asume la correspondiente pérdida de costes marginales. Nuestro Derecho de obligaciones es un Derecho de conflicto formulado sobre las bases de un liberalismo decimonónico «optimista» que creía en la igualdad de las partes. Nuestro sistema no fomenta la resolución de conflictos mientras se continúa colaborando, ni fomenta la resolución suave de los mismos por procedimientos que no impliquen lesión a las partes y que estrechen los lazos de confianza. Las extremas condiciones de competencia de algunos sectores de la distribución hacen que en estos momentos y con los márgenes comerciales bajo mínimos, solo queden escasas opciones para aumentar el margen de beneficios. La mayor parte de ellas se basan en la integración y coordinación de funciones mediante sistemas logísticos complejos (sincronización) cuya implantación normalmente requiere un grado confianza entre las partes muy elevado. No es posible instaurar buena parte de esos sistemas en un contexto de desconfianza y enfrentamiento.

También se podría argumentar siguiendo el razonamiento inicial, que con regular el abuso de dependencia como hace el art. 16 de la LCD se podría conceder un cauce suficiente de solución a las controversias de las partes. Bien, el citado precepto tiene aplicación a

(4) Véase por todos RUIZ PERIS, J. I. (Dir) *Hacia un Derecho de redes empresariales*, Valencia Tirant Lo Blanch, 2010.

(5) El proceso de reformas comenzó propiamente con las circulares Scriveniers y Delors en los años ochenta, posteriormente modificadas por la loi Galland de 1 de julio de 1996 a su vez reformada por Ley Canivet de 2 de agosto de 2005 que integra el conjunto de la regulación en el C. Com y posteriormente es reformado con fechas de 6 de agosto de 2006, 6 de agosto de 2008 y 25 de julio de 2010. La incorporación de la directiva de servicios y las directivas comunitarias en materia de protección del consumidor frente a conductas desleales supuso otra reforma puntual que excedió de la mera trasposición. El conjunto normativo resultante del proceso de reformas ya está sometido a evaluación para una posible reforma. Véase HOUZÉ, M. P., *Bilan de la réforme de la loi Galland et perspectives d'évolution. Position de la CCIP*, Chambre de Commerce et Industrie de Paris, 2007.

(6) GONZÁLEZ CASTILLA, F., «La aplicación del principio de relatividad de los contratos a las redes de distribución» en RUIZ PERIS, *Hacia un Derecho de redes...*, págs. 97-134.

un supuesto concreto de abuso y sobre todo a un contexto delimitado, el de la renovación contractual, lo que limita su capacidad para erradicar otro tipo de conductas y lo limita para enjuiciar las que hayan asido asumidas en el contrato, aun incluso en un proceso de renegociación que sufrió de abuso, pero que no fue denunciado. Es un instrumento que se orienta esencialmente para los casos de terminación contractual pero no para regular la vida cotidiana de un contrato en pervivencia. Además, la LCD (indebidamente) se ha convertido en su aplicación práctica en un instrumento aplicado fundamentalmente a las relaciones inter competidores y no en el ámbito intracontratantes y tiene un matiz de ilícito contractual por el que, raramente las partes o incluso algunos jueces, lo conciben como un instrumento para el reequilibrio de la lealtad en las prestaciones. La falta de uso del precepto ante los tribunales es la mejor demostración de su escasa utilidad práctica. Aquí, además, estamos ante un problema similar al de la renovación de las obligaciones mercantiles; una reforma profunda de la regulación de la competencia desleal en el sector empresarial podría ofrecer soluciones viables, pero resulta tanto o más difícil que dicha reforma se produzca, que promover una legislación en materia de distribución. Y a nadie se le escapa que, si promover una regulación de los contratos de distribución es complicado, más aún lo es sacar adelante una renovación de nuestros Códigos Civil y de Comercio...

Hace falta pues promover sistemas de resolución de conflictos que permitan la discusión sobre las controversias sin suponer la terminación del contrato o la ruptura de la confianza y finalmente sin suponer un coste que constituya en sí mismo un problema para el desarrollo de la discusión. Por eso, y por la enorme diversidad de situaciones que se dan en el sector de la distribución, que hacen imposible una previsión específica en la ley de todas ellas y que fracasaría si se positivaran, ya que provocarían un fenómeno de adaptación y elusión al mandato de la ley.

En este sentido llamo la atención sobre la diferencia que existe entre el APLCD y el PLCD en materia de resolución de conflictos y de acciones. En el primero, junto a la promoción de códigos de conducta sectoriales, que sí recoge el PLCD, se promovía la creación de sistemas de resolución de conflictos especializados (mediación y arbitraje por expertos del sector), a la vez que se concedía un instrumento que pasó desapercibido, como era la acción declarativa. La acción declarativa permitiría a las partes dirimir conflictos interpretativos relativos a la ejecución de sus contratos sin que la demanda implicara resolución del contrato o lesión económica para las partes, dando una oportunidad al esclarecimiento de las obligaciones de las partes, evitando el enquistamiento del conflicto y el sometimiento de la parte económicamente más débil.

Sería necesario por ello promover:

— Códigos de conducta sectoriales que prevean solución a los problemas específicos del mismo a partir de las disposiciones generales establecidas en la ley, que es la que debería imponer los criterios de equidad y lealtad básicos. La CNC ha manifestado su reticencia a la proliferación de códigos de conducta sectoriales, expresando el temor de que constituyan esquemas rígidos de contratación o sistemas para el establecimiento de reglas de conducta y barreras de entrada encubiertas. A mi juicio este es un riesgo que se puede superar si los códigos se dedican a lo que deben dedicarse, que es a solucionar los conflictos en curso entre los contratantes, sin necesidad de establecer esquemas de negocio rígidos. Aunque es cierto igualmente que se puede conseguir el mismo efecto mediante la manifestación de unos principios básicos de deberes de lealtad y mecanismos de interpretación y resolución de conflictos sectoriales, que, a mi juicio, sí que son necesarios de manera definitiva.

— Sistemas de resolución de conflictos especializados y sectoriales: mediaciones y/o arbitrajes, independientes e imparciales, rápidos, especializados y baratos que permitan la pervivencia del ejercicio comercial con la solución del pleito. Aquí no se solicita nada que no exista ya a disposición de las partes, que pueden solicitar libremente tanto la mediación como el arbitraje, salvo el matiz, que considero fundamental, de que se deberían crear sistemas que aseguren la independencia e imparcialidad de los árbitros y mediadores y el carácter especializado, que dada la naturaleza técnica de la mayor parte de los conflictos resultarían necesarias para constituir un corpus de soluciones uniformes en plazo breve y evitar la repetición sistemática de pleitos. Sirva como referencia útil el modelo de Autocontrol de la Publicidad que ha reducido enormemente la conflictividad en un sector mucho más complejo y competitivo que el de la distribución comercial<sup>(7)</sup>.

## 2. ¿Ley funcional o ley de tipos? ¿Ley general o leyes sectoriales?

La segunda cuestión que debe dilucidarse si se opta por una ley de distribución, es si se promueve una ley general o un conjunto de leyes sectoriales, si nos inclinamos por una ley funcional o por una ley de tipos contractuales.

Un argumento comúnmente utilizado en contra de las leyes de distribución es que una regulación de los contratos de distribución supondría cerrar o esclerotizar un sector flexible y necesitado de constante adaptación a las necesidades del mercado. En este punto, propiamente, ya no se alega la no necesidad de regular, sino la no conveniencia de hacerlo. Esto, evidentemente, podría ser un riesgo cierto atendiendo al modelo de ley que se propusiera. Es cierto que aunque la ley aquí pretendida se titula de los «contratos de distribución», a mi juicio no tiene sentido regular los tipos contractuales de la distribución que, evidentemente, son flexibles, deben serlo y requieren una constante adaptación al terreno cambiante del mercado. Del mismo modo, convengo con los críticos en que una formulación dogmática de modelos contractuales podría suponer un obstáculo a la creación de nuevas figuras o combinaciones mixtas. Una de las lecciones evidentes de la actual crisis económica ha sido la manifiesta necesidad de adaptar y reestructurar las estructuras de las redes y su manifestación más evidente se ha producido en la renovación de las formas contractuales, en las que se han buscado nuevas fórmulas mixtas de difícil clasificación. Así, por ejemplo, ante la caída de las ventas en el sector de automoción, se han introducido fórmulas mixtas de contrato de concesión y agencia y fórmulas que propiamente han relegado el sistema de venta a una prestación de servicio y han derivado el núcleo de la operación hacia sistemas financieros.

Ahora bien, ello no obsta para que se pueda regular un modelo de ley funcional, no centrada en tipos contractuales, sino en situaciones o funciones necesitadas de regulación, con independencia de en qué modelo o tipo de contrato se planteen, quiénes sean sus protagonistas y cómo hayan llamado a su convenio. Defiendo, pues, un modelo de ley centrada en *fiduciary duties*, en deberes de lealtad y probidad contractual, centrado en aquellas situaciones que, conforme nos dicta la experiencia de la contratación en la distribución, generan conflicto o patologías reconocibles, y en la que dichos deberes alcancen por igual a las partes contratantes, con independencia de que sean proveedores o distribuidores o de que se alternen en el uso de dichas funciones a lo largo de la cadena de distribución. Esto ha sido algo con lo que el APLCD tuvo que luchar, hay que decirlo, infructuosamente. Durante las discusiones de los sucesivos borradores era constante el requerimiento de que se tipificaran los contratos, pese a su no con-

(7) <http://www.autocontrol.es/>



veniencia, y que se atribuyeran los deberes normativos a uno u otro sujeto; al distribuidor o al proveedor. Resultó constante la acusación de indefinición normativa cuando el texto se refería a «las partes del contrato», cuando, por el contrario, eso sólo suponía con claridad el alcance general del deber instaurado. Por otro lado, la labor de los grupos de presión se esmeró en este sentido en atribuir a la contraparte con nombre y apellidos (distribuidor, fabricante, proveedor) la carga de los deberes, en una clara intencionalidad de excluirse del mismo o de la correspondiente contrapartida al derecho o deber instaurado. El proyecto de ley que entró en el Congreso es una buena muestra de dicha labor cuando se analiza porqué alguno de los deberes que se implantan no tiene su contrapartida en la contraparte contractual. Hay que decir con claridad que el afán didáctico del legislador, sumado al afán de las asociaciones profesionales para que se señale «al malo de la película» hace un flaco favor a una posible ley de distribución comercial. Lo cierto es que aquí no hay partes o sujetos intrínsecamente culpables. Ni que tampoco se puede señalar a la situación de prevalencia o dependencia económica en sí misma como un problema, pues, sencillamente, en muchos casos es una situación connatural al estado de las cosas. No es función de la ley mercantil reequilibrar la situación material de dependencia cuando esta es una expresión natural de la situación del mercado. Cuando se analiza los diversos tramos de la cadena de distribución se observa sin problema que la producción de las prácticas que pueden tildarse de deslealtad o apropiación de rentas o recaptura de oportunidades no negociadas por abuso de dependencia, depende sólo de la situación de dependencia económica, en la que se encuentre, bien sea el proveedor, bien sea el distribuidor. Abusa quien puede. Pero eso sí, abusa quien desea hacerlo, y normalmente lo hace con conocimiento de que se prevale de la situación. El problema, pues, no es la estructura del mercado, sino el atajar las situaciones de abuso que dicha estructura permite en un momento dado al proveedor o al distribuidor al que los hechos colocan en situación de dominio.

¿Una ley general o leyes sectoriales? Esta tampoco cuestión baladí. Es relativamente frecuente encontrar a quienes defienden que ante la diversidad de situaciones contempladas en los distintos sectores de la distribución comercial, resulta imposible formular una solución única válida para todos ellos y por derivación, la conveniencia de abordar el problema bajo una óptica sectorial. Este argumento gusta igualmente a aquellos sectores que prefieren quedar fuera de la regulación frente a quienes, por su grado de conflicto, promueven la normativa.

Al respecto señalaría que, en efecto, y por poner un ejemplo, una norma que entrara a regular aspectos de detalle como la entrega de la mercancía del producto fresco en el sector de la alimentación (fundamentalmente el problema del descarte), podría introducir criterios normativos absolutamente incompatibles con lo que acontece con la entrega de la mercancía en el sector de la automoción. Sin embargo, una vez más el problema es el modelo de ley que se promueve y al que se hace referencia. Si se piensa en una ley de tipos y no en la ley de funciones, la observación es correcta. Si se piensa en una ley de detalle y no en una ley de principios, la crítica tiene fundamento. Pero, obviamente, si se piensa en una ley de enunciados y principios generales y que regule la funciones distributivas, no existe el problema apuntado. Por su parte es posible señalar unas cuantas cuestiones que desaconsejan la aproximación sectorial al problema de la formación del sector distributivo. A saber; la dificultad de que, precisamente por su diversidad, un conjunto de regulaciones sectoriales pudiera mantener finalmente un criterio coherente y homogéneo ante problemas similares. O si se prefiere, el problema de la regulación asimétrica y del agravio comparativo. Resultaría difícil explicar porque ante situaciones similares se seguían criterios no homogéneos. Máxime, cuando buena parte de dichas regulaciones sectoriales reflejarían la foto fija de la situación del sector en un momento histórico y malamente se cohonestarían con la necesidad evolutiva del mismo y de la normativa de acom-

pañamiento. Aquí quisiera establecer que una normativa sectorial, precisamente, es la que con más probabilidad se constituiría en un corsé para el sector. Promulgada una ley sectorial con un grado de definición o adaptación al contexto, lo más probable es que se generaran conductas de evasión del modelo regulatorio y que la misma quedara en buena medida obsoleta en un plazo breve.

Luego estaría el problema del conflicto analógico y del requerimiento ad infinitum a la administración y al legislador para la contemplación de sucesivos sectores. Regulado un sector aparecerá una sinergia inmediata de los operadores económicos en los sectores vecinos para ser incluidos o excluidos de una posible regulación sectorial (el consabido «que hay de lo mío») y buena parte de esas tensiones se derivaría hacia el planteamiento jurídico sobre posibles extensiones interpretativas de la regulación sectorial «A» al sector «B». Lejos de calmar las aguas este sistema promovería no pocos conflictos. Si a eso añadiéramos la regulación de diversos sectores bajo criterios rectores o con alcances distintos, la polémica sobre la extensión analógica alcanzaría dimensiones notables. Finalmente, una regulación sectorial plantearía un problema de definición del sector, y nos cuestionaría el amparo o exclusión de los operadores transversales y de los operadores mixtos. Como quiera que se desee perfilar el ámbito de una norma sectorial, la labor exigiría una precisión extrema y aun así resultaría posible encontrar campos de inclusión difusa. Pensemos en un sector aparentemente bien definido, como el de la automoción. Una norma medianamente clara debería definir si ampara bajo su mandato a los distintos sistemas de asistencia, talleres no oficiales, talleres de recambios y repuestos, las empresas de logística adscritas, las empresas de financiación adscritas, si incluye a las motos (convencionales y eléctricas), camiones, maquinaria pesada, maquinaria agrícola, maquinaria arrastrada.... Y finalmente para encontrarse con que las soluciones aptas para el sector principal, igual no eran coherentes para los sectores más especializados....

En síntesis, abogo por una ley general, funcional y de principios que deje al ulterior desarrollo de códigos de conducta sectoriales el detalle sobre el tratamiento de las prácticas contextuales y la adaptación de las mismas a la evolución del mercado, siempre tomando como base los principios rectores básicos establecidos en la ley y las soluciones a los conflictos de base que se encuentren en la misma, permitiendo igualmente su evolución y adaptación. Creémos un marco adecuado en el que se de tratamiento a las discusiones que las partes en conflicto no están en condiciones de convenir y se establezcan los criterios rectores de las posibles discusiones que se desarrollen en los respectivos marcos sectoriales a través de códigos de conducta y/o sistemas de resolución de conflictos propios. En este sentido considero que una definición del ámbito de la ley debería centrarse en la función o funciones distributivas como eje central de la misma, amparando tanto a la distribución de bienes como de servicios y las fórmulas mixtas, en el plano material, y cubriendo a las más variadas formulaciones jurídicas en lo que a su plasmación formal se refiere. En lo que al ámbito material de la cadena de valor atañe, se debería acotar el campo de la norma desde la comercialización en origen del producto que se introduce en el mercado (con exclusión de los acuerdos de simple producción conjunta) hasta la línea divisoria que constituye la distribución minorista en contacto con el consumidor final, propiamente objeto de regulación en la LOCM y en el TRLGDCU.

### III. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES CUESTIONES IMPLICADAS EN UNA LCD

De atenderse a los argumentos anteriormente expuestos, queda abierta la discusión sobre el elenco de temas que deberían incluirse en una Ley de contratos de distribución. El tema es realmente amplio y excede de las posibilidades de un artículo, por lo que me limitaré a hacer

un muestreo de cuestiones al hilo de lo planteado en el APLCD y en el PLCD como elementos que ya han se han introducido en el debate social por su plasmación pública.

### 1. La necesidad de impulsar unos Principios Rectores

A mi juicio una ley de distribución flexible necesita unos principios rectores con valor normativo que orienten su interpretación, puedan completar sus ausencias y orienten el desarrollo interpretativo futuro. El término principios que aquí se utiliza, hace referencia al concepto de principios «rectores» o «directores» en sentido similar a que se describe en el Marco Común de Referencia Europeo para un Derecho de los contratos (DCFR, 2009) o en nuestro ordenamiento al hablar, dentro de los principios generales, de los principios configuradores de una institución. Frente a la utilización del termino principio como norma que no tiene fuerza de ley (art. 1.101 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (en adelante Principios PECL) o de los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional (en adelante Principios Unidroit 2004), la noción de principio rector implica un enunciado al que trascienden una serie de valores abstractos básicos que han de respetarse y que, por ello, tienen un valor normativo en la interpretación de los contratos, ante la imprevisión de las partes y ante la imprevisión de la norma. Los principios rectores sugieren correcciones ante los posibles fallos del mercado, tutelan a ambas partes con un criterio de justicia social y amparan a la parte débil en los supuestos necesitados de tutela. En este sentido se manifiestan igualmente el Marco Común de Referencia Europeo (DCFR n.º 11y 13) y los *Principes directeurs du droit européen du contrat* de la Association Henri Capitant, o la Société de Législation Comparée (IOE n.º 23 a 36). Un principio rector es un instrumento de flexibilidad de la norma pues aporta a la jurisprudencia un instrumento interpretativo que permite la previsibilidad de la solución de las controversias nuevas o no contempladas en la norma.

La discusión sobre cuáles han de ser los principios rectores en el Derecho de la distribución da para un tratamiento específico y amplio, pero no puedo resistirme a apuntar los que considero insoslayables. Algunos, de hecho, ya están plasmados en nuestras normas positivas por lo que su concreción o reiteración es cuestión a considerar por simple oportunidad, como acontece con los principios de libertad de pactos (Art. 1255 y 1261 Código Civil), ejecución e interpretación en buena fe (Art.1258 CC Art. 57 C. Co., Art. I.1:103 DCFR, Artículo 0-301 y 0-302 PECL), etc. Otros principios se deducen con claridad de las normas positivas como el de responsabilidad compartida frente a terceros (Art. 1902 CC y TRLGDCU). Pero finalmente, algunos requieren una promulgación expresa y adaptada al contexto, aunque pudieran deducirse de otras normas positivas, como:

— El principio de independencia jurídica y económica de las partes vs el principio de dirección comercial leal: Puede parecer un enunciado de Perogrullo, pero bajo la mayor parte de los conflictos que se manifiestan en la distribución comercial subyace el cómo interpretan las partes las competencias de dirección comercial que se otorga a uno de los contratantes y en qué medida le faculta para la toma de decisiones que implican una inversión directa para la contraparte. Resulta necesario, por un lado, reconocer el derecho a mantener dicha independencia y el correspondiente deber de no actuar en contra de la misma por ninguna de las partes, del mismo modo que resulta necesario, allá donde existe una red comercial de distribución, reconocer la legitimidad del poder de dirección comercial del cabeza de red, y su derecho a gestionar los elementos identificadores comunes y a tomar las decisiones de orientación del sistema, incluso implicando decisiones de inversión. Resulta a estas alturas indispensable reconocer y legitimar la atribución del poder de dirección comercial atribuido por contrato o

por vía de hecho en el seno de las redes contractuales, en las que el organizador o el sujeto designado en el reparto funcional, coordina el comportamiento comercial de una pluralidad de distribuidores integrados en la misma. Este reconocimiento es pretensión directa o indirecta de los fabricantes, importadores, franquiciadores y grandes distribuidores, organizadores de redes comerciales que, bien a través de la defensa de la imagen de marca, del método operativo o de la mejor eficiencia del sistema, pretenden un reconocimiento de dichas atribuciones. El Derecho antitrust, por su parte, ha otorgado mediante la teoría de las restricciones accesorias (*ancillary restraints*) y en el propio texto de los reglamentos de exención por categoría de acuerdo verticales (R. 330/2010), reconocimiento y legitimidad a dicho poder de dirección como instrumento para una mayor eficiencia competitiva<sup>(8)</sup>. Ahora bien, ya que normalmente los contratos contemplan sólo la defensa de los elementos a través de los cuales se articula dicho poder de dirección comercial y la atribución de dichas facultades, pero no las normas de «governance» de la red<sup>(9)</sup>, las previsiones contractuales se deberían completar con el correspondiente principio de ejercicio responsable de los poderes atribuidos en interés de las partes, al enunciar que dicho poder de dirección ha de ejercerse bajo los principios de responsabilidad, interés común e información a los partícipes. Un poder exige una responsabilidad, aunque la misma no se concrete en el contrato predispuesto por el organizador del sistema. Responsabilidad que por otro lado es consecuente con el principio indemnizatorio del ordenamiento jurídico español.

Aquí es sencillamente necesario cohonstar el derecho del distribuidor a decidir sobre su política empresarial y significativamente, sobre su política de inversiones, incluso decidiendo el incumplimiento o la objeción a deberes comprometidos, con el correlativo derecho del director de una red de distribución a decidir las políticas de publicidad, marketing, infraestructuras etc. etc. Todo ello con la implicación de que el director de una red toma decisiones que implican renuncia a ámbitos de decisión del distribuidor integrado y que implican compromisos económicos de inversión, pero también dejando claro que el director de una red, por respeto a la independencia, debe ejercer dicho poder conforme a un principio de responsabilidad y transparencia y que lo que no puede hacer es **sustituir** la decisión del distribuidor sobre sus inversiones. Correlativo a este poder de dirección es la necesidad de motivación de los actos e información de las partes afectadas, bajo un criterio tan simple como que un poder implica una responsabilidad.

— El principio de no discriminación y no abuso de dependencia (Art. 1256 y 1261 CC. Art. 5 y 16 LCD, artículos II.—2:101 a II.—2:105 y III.—1:105 DCFR). El principio tiene una aplicación en el derecho de la competencia y en el de la competencia desleal, pero igualmente posee su vertiente obligacional y sería muy conveniente su positivación, ya que existen conductas de discriminación y abuso no trascendentes para el derecho de la competencia, pero relevantes para las partes en el plano obligacional contractual. En el contexto de la distribución comercial, además, en el que proliferan las redes comerciales, el principio de no discriminación tiene aplicación al contexto de las relaciones horizontales de quienes son iguales en condición dentro del sistema. Del mismo modo la noción de abuso intra-red posee vertientes que exceden

(8) Véase WISH, R., *Competition Law*, Oxford, 2004. MARTÍ MIRAVALLS, J., «Las restricciones accesorias necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia», [http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED\\_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/MONOGRAFICO%20PREMIOS%20GARCIA%20GOYENA%206/2\\_SEGUNDO%20PREMIO.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/MONOGRAFICO%20PREMIOS%20GARCIA%20GOYENA%206/2_SEGUNDO%20PREMIO.PDF)

(9) MORO VISCONTI, R., *La governance nei gruppi e nelle retti di imprese; conflitti fra stakeholders e diffusione di valore*, Etas, 2001. En breve sobre el mismo tema y de sumo interés Ruiz Peris.

del plano de relaciones bilaterales entre el cabeza de grupo y el distribuidor integrado. Dejo tan sólo apuntado el problema<sup>(10)</sup>.

— El principio de Colaboración e interés común: Mención específica en gran número de regulaciones norteamericanas y fundamentación de la regulación material de los contratos de distribución en los USA en aquellos Estados que regulan aspectos como el cumplimiento y la terminación del franchising (New Jersey, Washington, Hawaii, South Dakota...)<sup>(11)</sup>. El principio de interés común es igualmente creación doctrinal y jurisprudencial en Francia y mención frecuente en la jurisprudencia española o en los códigos de buenas prácticas<sup>(12)</sup>. Resumiendo, en el contexto de las redes comerciales la transferencia de funciones a la contra parte y significativamente las de dirección comercial, obligan a una especial actitud de respeto y colaboración de las partes ya que estas han manifestado renunciadas mutuas a su poder de decisión en atención a la existencia de un interés común o compartido<sup>(13)</sup>. Cesión de competencias que implica que la contraparte espera y confía en el ejercicio de la misma con respeto a dicho interés común.

— Principio de neutralidad fiscal y no repercusión de las cargas propias; En consonancia con las peticiones consolidadas en códigos de conducta (p. ej. FIAB-ASEDAS), los principios de colaboración e independencia jurídica poseería una vertiente en el plano de las obligaciones y cargas administrativas y significativamente en el fiscal conforme a la cual cada parte debería sostener sus propias cargas sin repercutir las mismas hacia la parte más débil de la cadena prevaleciendo de su posición de dominio. Las cargas administrativas ya expresan una opción de elegibilidad del titular de la carga considerado más idóneo y en este sentido debería operar como un factor neutro en la contratación.

— Principio de razonabilidad; o más bien criterio de interpretación. Baremo de interpretación y moderación de la conducta habitual en el mundo anglosajón e introducido en el ámbito continental en los instrumentos de armonización como el marco común de referencia, europeo, excede a los contenidos habituales de otros principios tradicionales como el de la buena fe y aporta en los más variados ámbitos un factor importantísimo como es el de la accionabilidad, de la que carece nuestro tradicional principio de la buena fe<sup>(14)</sup>.

(10) Una buena guía al tema ESTEVAN DE QUESADA, C., «El Abuso de dependencia económica en las redes de distribución» en RUIZ PERIS, *Hacia un derecho de redes...* págs. 187-222.

(11) New Jersey Franchise Practices Act (56:10-3 A), Washington (19.100.010 n.º 4), Hawaii (§ 482E-2) South Dakota (37-5A-1) y otros. Véase al respecto VAUGHN, C., *Franchising Its Nature, scope advantages and developmen*, Lexington, Massachusetts, 1982, págs. 30 y ss. McCAULAY, S., *Law and the balance of power, the automobile manufacturers and their dialers*, New York, 1966, págs. 43 y ss. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Jovene Napoli, 1979, págs. 433 y ss. ECHEBARRÍA SAENZ, J. A., *El contrato de franquicia, Definición y conflictos en las relaciones internas*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, págs. 15 y ss. Que un Estado no regule en las leyes de franquicia las consecuencias del deber de actuación en interés común no significa que no otorgue ese nivel de protección por otros medios, ya que ocurre que en ocasiones los deberes de lealtad y actuación en buena fe se detallan en regulación propia, como ocurre en California con su Business and profesional Code (§20025).

(12) HASSLER, T., «L'Interêt commun» en *RTDC*, 1984, n.º 4, págs. 581-638.

(13) Véase ECHEBARRÍA SAENZ, J., *El contrato de franquicia...*, págs. 150 y ss, en especial 160-175.

(14) El tema es complejo y requiero un tratamiento intenso y extenso para lo que remito al excelente trabajo de GONZÁLEZ CASTILLA, «El principio de razonabilidad» de próxima publicación en el libro de actas del *III Congreso nacional de distribución comercial y Derecho de la competencia* y que está destinado a convertirse en un clásico de referencia en la materia.

## 2. La forma del contrato: la necesidad de forma escrita

Una cuestión no menor que la posible LCDC debería definir es la relativa a la forma de la contratación. Aquí quisiera defender la necesidad de que la contratación **se formule por escrito** y de abandonar el vetusto y desfasado dogma de la libertad de forma, al menos en este sector. Entiendo que aquí estamos ante una necesidad constatada de forma general. El Derecho privado español parte del principio espiritualista de que para la validez de los contratos no es necesaria una determinada forma. Así, se consagra con carácter general en el art. 1278 del CC y para el ámbito mercantil en el art. 51 del C.Co. Del mismo modo en el Derecho uniforme del comercio internacional se parte del principio de libertad de forma (Art 11 CISG, art. 1.2 de los Principios Unidroit 2004 y art. 2.101 (2) PECL). Sin embargo, esta regla general ya manifiesta quiebras abundantes en las normas más recientes, como el artículo L441-7 del *Code Commerce* francés, artículo IV E. 2:402 DCFR que, siguiendo la línea del art. 1.402 de los Principios de los Contratos Europeos de Agencia Comercial, Franquicia y Distribución, recoge igualmente el derecho de cada una de las partes a exigir de la otra la entrega de una copia escrita del contrato. La propuesta de Anteproyecto de LCD de 2006, en su art. 5, seguía esta misma dirección.

Para entender esta opción de política legislativa debemos tener en cuenta que ni siquiera en las codificaciones del XIX se abandonó completamente el principio formalista, que se mantuvo para algunos tipos contractuales<sup>(15)</sup>. O que la libertad de forma no implica la libertad de prueba y que la no formulación escrita del negocio, en combinación con lo dispuesto en el Art. 51 C. Co en relación a la prueba testifical sobre los contratos verbales nos lleva a la situación en la que el pacto verbal o manifestado por hechos concluyentes posee una gran debilidad para quien pretende su ejecución.... A no ser que disponga de poder económico respecto a la contraparte, momento en el que la indefinición del pacto opera en beneficio propio y la dificultad probatoria cubre todo posible exceso....

Pues bien. No creo que ninguna asociación profesional haya dicho que la formulación por escrito de los contratos sea un obstáculo para el desenvolvimiento del sector. Antes bien, la mayor parte de las consultadas señalaban que la ausencia de contrato escrito era el origen de buen número de prácticas desleales o maniobras de recaptura de oportunidades no negociadas. Creo evidente que con un sistema de prueba limitado, como el que se deriva del Art. 51 C. Co. sostener el vetusto dogma de la libertad de forma en la contratación es ilusorio y que quienes quieran demostrar que los contenidos de su contrato se aparten de lo dispuesto en la ley reguladora deberían correr con la carga de la prueba conforme a un básico principio de que el causante de la oscuridad no pueda beneficiarse de la misma. Incluso la CNC, poco partidaria de cualquier regulación, recomienda la medida en su informe sobre el mercado de la distribución alimentaria (2011) como una medida necesaria para evitar diversas prácticas desleales en la contratación que generan efectos de barrera de entrada. Es una medida de coste cero y no es cierto que pueda constituir un obstáculo a la necesidad de rápida reacción ante las circuns-

(15) Como refleja el listado del art. 1280 C.C, en el que se enumeran los contratos que necesariamente deberán constar en documento público en atención a sus consecuencias jurídicas de especial gravedad. En el ámbito, mercantil, dejando aparte el supuesto de los contratos entre empresario y consumidores, en el que hay una clara superación del principio de libertad de forma, diversos preceptos exigen forma determinada para su plena eficacia: contrato de afianzamiento (art. 440 C.Co.); contrato de compraventa de buque (art. 573 C.Co.); contrato de préstamo a la gruesa art. 720 C.Co.); contrato de seguro marítimo (artículo 737 C.Co.); contrato de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (art. 16 de la Ley de 5 de diciembre de 1951 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento); negocio jurídico de constitución de una sociedad de capital (sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada, art. 21 RDL 1/2010, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital); art. 6 de la Ley 28/1998 de Compraventa a Plazos de Bienes Muebles, etc.

tancias del mercado. Cualquier adaptación contractual, campaña promocional o necesidad de pronta reacción a las necesidades del mercado se puede negociar y plasmar por escrito en cuestión de horas con los medios de comunicación actuales y dada la equiparación de los medios documentales electrónicos a los medios en papel tradicional que obra en la ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y en la LEC. Lo que no es de recibo es la presentación a posteriori de medidas que implican inversión o gasto sin consentimiento previo manifestado, ni de manera específica ni de manera programática con los baremos que permitan su cálculo y provisión contable. Y en este sentido, es necesario señalar que dicho deber de formulación por escrito ha de abarcar al contrato, a sus anexos, a sus modificaciones y renovaciones, o asistiremos a un fenómeno de derivación de cargas hacia acuerdos accesorios, no formalizados que crearían un panorama de incertidumbre no admisible.

Considera necesario explicitar igualmente que no es lo mismo establecer la posibilidad de compeler a la entrega de copia del contrato, siguiendo la opción el anteproyecto del año 2006 o el marco común de referencia, pues cuando surge el conflicto sobre los contenidos del contrato, no mediando copia previa, lo que ocurre es que la parte dominante entrega una copia adaptada a las nuevas condiciones contractuales según su conveniencia, por lo que el riesgo de abusos persiste.

Señalaría además, que esta medida es de intervención mínima si se compara con otras opciones como la del ordenamiento jurídico francés, en el que se obliga a la publicación de las condiciones generales del contrato utilizadas por los grandes contratantes, solución que considero igualmente válida, y en donde en realidad la formulación de un negocio implica la emisión de tres documentos distintos; propuesta de contrato, contrato y factura, todos ellos coordinados so pena de sanción administrativa (de gran entidad) (Art L441-7, L442 C. Co.). La propuesta aquí realizada en consonancia con lo previsto en el APLCD y en el PLCD implicaría tan sólo la entrega de la copia escrita del contrato en el momento de su perfección, renovación o modificación, con atribución de la carga de la prueba a quien desee justificar la existencia de contenidos distintos a los expresados en la copia del contrato o en la ley. Quien impugne la aplicación de unas condiciones distintas de las inicialmente pactadas o de las previstas en la ley y rechace su novación o alteración, debería gozar de una presunción, que la parte que defienda la novación debería desvirtuar. La exigencia de forma escrita pues *no tendría carácter ad solemnitatem* de forma que su incumplimiento determine la nulidad del contrato, como sucede en algunos casos de contratos con consumidores.

#### 4. El necesario tratamiento de la fase precontractual

Conviene recordar que la legislación existente a nivel internacional sobre distribución comercial es fundamentalmente una legislación de transparencia informativa (*disclosure*) inspirada en la legislación norteamericana que arranca en los años 70 y continúa con diversas renovaciones hasta la actualidad. Esta legislación se dictó en un contexto de inseguridad en la contratación y de amplia conflictividad, como remedio preventivo para los vendedores de humo y frente a los franquiciadores (distribuidores mayoristas en sentido amplio) que sólo buscaban financiarse mediante sus franquiciados (distribuidores vinculados por acuerdo vertical) en lugar de la consolidación de una red comercial estable. Y por ende, conviene recordar que en su contexto original y aunque en la versión europea de dichas normas los deberes de transparencia se hayan circunscrito al Franchise Format Business, abarcaban al concepto amplio norteamericano de *franchising* y por ello a un amplio elenco de contratos de distribución más

allá de lo que en España se ha dado a conocer como contrato de franquicia<sup>(16)</sup>. Es un postulado liberal clásico que una adecuada transparencia informativa en el periodo precontractual evita gran número de conflictos y reduce las posibilidades de alegar mala fe en la contratación, así que tiene un efecto beneficioso en la definición del correcto o incorrecto cumplimiento del contrato. La extensión de este deber a cualquier tipo de contrato de distribución se justifica en la consolidación del deber de recíproca información precontractual como principio derivado de la buena fe que debe presidir cualquier tipo de relación precontractual. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que ya son variados los supuestos jurídicos positivos que tipifican estos deberes de información precontractual en el ámbito de las relaciones entre profesionales. Así, por ejemplo, en el régimen de las ventas a distancia entre empresarios contenido en el art. 40 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista; en el art. 19 del Real Decreto Legislativo 2/2008 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, donde se establecen determinados deberes de información previos a la enajenación de terrenos; o en el art. 7 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, que regula la venta a plazo de bienes muebles. Más específicamente el Art. 62 de la LOCM establece el conocido deber de información precontractual que afecta a las negociaciones de contratos de franquicia y que el RD 419/2006 de 7 de abril desarrolla en consonancia con el modelo Francés y norteamericano de transparencia informativa.

Sin embargo, la información precontractual es tan sólo uno de los aspectos de los tratos preliminares (*la trattativa*) o de los aspectos que componen la posible responsabilidad precontractual<sup>(17)</sup>. El deber de las partes de comportarse conforme a buena fe en el desarrollo de las negociaciones dirigidas a la formación del contrato tiene tratamiento propio en buen número de códigos civiles o de obligaciones europeos, del mismo modo que una vez formulada la carga de transparencia informativa, resulta necesario determinar los efectos civiles y/o administrativos del incumplimiento de dicha carga, tanto si existe como si no existe suscripción del contrato. Desgraciadamente no es este el caso de nuestro ordenamiento, que no contempla previsiones específicas sobre el tema y cuya jurisprudencia sobre la materia es más bien errática<sup>(18)</sup>. Vayamos por partes:

#### 4.1. Ruptura de las negociaciones y negociación abusiva

Muy brevemente, el mantenimiento de negociaciones no implica la obligación de concluir las ni otorga derecho a solicitar compensación alguna, pese a lo cual es tradición ya

(16) Al respecto ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., *El contrato de franchising...* Págs. 15 y ss.

(17) Al respecto extensamente ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., *El contrato de franchising...* Págs. 212-303. Referencia esencial en el tema ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *La Culpa in Contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989. También, GÓMEZ POMAR, F., y GILI SALDAÑA, M., «Cuestiones de formación del contrato en la propuesta de anteproyecto de ley de contratos de distribución» en *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, J., (Dir), pág. 245-298. PERALES VISCASILLAS, P., «Formación del contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución» en *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, J., (Dir), págs. 299-350.

(18) Véase ASÚA GONZÁLEZ, Cit. MARTÍ MIRAVALLS, J., «Anulabilidad por ausencia de falta de veracidad o insuficiencia de información precontractual en el contrato de franquicia: SAP Barcelona 21 septiembre 2004» en *RDM*, n.º 256, 2005, págs. 865-883. MARTÍ MIRAVALLS, J., «El régimen de nulidad del contrato de franquicia», *Cef Legal, Revista Práctica de Derecho*, n.º 72, 2007. RUIZ PERIS, J. I., y MARTÍ MIRAVALLS, J., «La reforma del régimen de transparencia en materia de franquicia: un paso adelante y una ocasión perdida», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 262, 2006. GÓMEZ POMAR, F., y GILI SALDAÑA, M., «Cuestiones de formación...», cit. SACRISTÁN BERGIA, F., «Tratos preliminares y contratos de distribución» en *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, J., (Dir), págs. 427-451. en especial 445 y ss.



consolidada en la jurisprudencia occidental, que quien haya negociado contra las exigencias de la buena fe responda de los daños y perjuicios causados a la contraparte durante los tratos preliminares. El problema en nuestro Estado es, que no existiendo una formulación general de dicho principio de responsabilidad, su exigencia resulta cuando menos difícil en el plano dogmático y aun más en el procesal<sup>(19)</sup>.

#### 4.2. Información precontractual

La cuestión más obvia a definir en una futura ley de contratos de distribución respecto a la formulación de posibles deberes de información precontractual es la del ámbito al que se debería extender el deber de transparencia. Recuerdo que en las últimas reformas europeas, algunos de los deberes de información se han traspasado de su contexto original en las redes de distribución verticales a las contrataciones en el ámbito mayorista, donde se han impuesto diversos deberes de exposición pública sobre los modelos de contrato o sobre las condiciones generales de la contratación aplicables a la clientela. Es el caso de Francia con la reforma de 2005 en la que se obliga a hacer público estos datos sin perjuicio de la libertad de las partes para convenir condiciones particulares (Art L 441-7 y L 442 C. Co.). O que al igual que en Francia y en otros países latinoamericanos, el deber de información precontractual establecido en las llamadas leyes de franquicia, puede comprender también a modelos contractuales que en España tradicionalmente no se identifican como tales, por ejemplo, a redes de distribución selectiva<sup>(20)</sup>.

Sin embargo, entiendo que una extensión general de la carga de transparencia podría ser ineficaz e innecesaria. En muchos sectores de la distribución comercial estas obligaciones pueden ser superfluas ya que la elevada cuantía de las inversiones y la sofisticación profesional del distribuidor no hacen precisa una intervención en este sentido<sup>(21)</sup>. Mientras que aplicar un parámetro de contenidos único a situaciones dispares como la existente en la relación entre proveedores y centrales de compra o la de franquiciadores y franquiciados nos llevaría a que buena parte de los parámetros de información necesarios en un acuerdo de distribución vertical no se adaptarían al supuesto del comercio mayorista. Los problemas de información existentes entre quien se afilia a una central de compra o intermediación en el sector mayorista y los de quien se integra en una red de distribución minorista son distintos y requerirían una adaptación o la limitación de la carga de transparencia a los supuestos más necesitados de tutela, previsiblemente, al contexto de las redes verticales de distribución integradas. Lo que no aprecio que sea coherente, sin embargo, es mantener un tratamiento diferenciado de la información precontractual entre las distintas formas jurídicas de integración vertical en red, como fue necesario hacer en el APLCD y en el PLCD ante el temor de que el tratamiento conjunto de los contenidos informativos del Art. 62 LOCM con otros supuestos pudiera ser entendido por alguna CC.AA., presa de celo competencial, como una intromisión en sus competencias<sup>(22)</sup>. Toda vez que si se

(19) ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., *El contrato de franquicia...*, págs. 265 y ss.

(20) Véase, DIDIER FERRIER, «Franchising-Precontractual information. French courts of appeals pronounce on the content of informations transmitted according to Article L. 330-3 of the French commercial code» en *Concurrences*, n.º 4-2011, n.º 39711. «Pre contractual information obligation. The Cour de cassation holds that the distributor can claim damages if the provider breaches its pre-contractual information obligation imposed by Article L. 330-3 of the Commercial code (*Phone pratique*)», en *Concurrences*, n.º 2-2009, n.º 9599.

(21) En este sentido la crítica de PERALES VISCASILLAS, «Formación del contrato...», en *Los contratos*, cit., págs. 308 y ss.

(22) Temor innecesario si pensamos que el Art. 62.1 LOCM se dicta al amparo de la competencia exclusiva en materia de obligaciones mercantiles (Art. 149. 1, 6.º CE), pero el hecho de que se conecte esta carga informativa a la

vuelve a discutir una posible LCDC no existirán las presiones de tiempo que se dieron en el proceso legislativo del 2011, será posible y resulta necesario, dar un tratamiento conjunto a los contenidos de información aplicables al conjunto de las redes de distribución verticales, sin perjuicio de posibles matizaciones por tipos contractuales.

Otra cuestión es la relativa a los contenidos de la información precontractual. Aquí no creo que sea necesario inventar nada. No es necesaria una enumeración exhaustiva de los deberes de información y puede bastar con un enunciado genérico relativo a la entrega con razonable antelación de los contenidos necesarios para asegurar la capacidad de decisión de las partes o para la realización racional de las inversiones específicas y de los planes de amortización, en conjunción con una lista ejemplificativa y abierta de aquellos deberes concretos que se consideran aptos para tal fin: identificación de las partes, contenido de las obligaciones, características esenciales del negocio, titularidad y condiciones de uso de los signos distintivos y métodos operativos, pactos de exclusividad y repartos territoriales o funcionales, restricciones a la actividad de la parte o exigencias de actuación respecto a terceros derivadas del negocio, extensión de la red y situación de la misma, montante total de las inversiones obligadas por la suscripción del pacto o el baremo de su cálculo incluyendo los gastos obligados con terceros, duración del contrato y condiciones de renovación o modificación del mismo, causas, formalización y efectos de la extinción. Puesto que la información debería de ser recíproca los distribuidores integrados deberían informar igualmente sobre sus datos identificativos así como respecto a aquellos que acrediten su solvencia técnica y patrimonial para el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

#### 4.3. *Efectos de la obligación de información*

Finalmente, queda la cuestión de qué efectos se ha de otorgar a la información precontractual: En principio, y siguiendo un razonamiento habitual en las leyes sobre la materia no se debería producir pago o inversión previa a la entrega y consideración de la información aportada. Recuértese que la finalidad de la misma es la de permitir la toma de decisiones de inversión con conocimiento de causa suficiente y con posibilidad de efectuar un análisis económico de las inversiones y sus amortizaciones. Por ello, los deberes de información enunciados, no determinan por sí solos ninguna consecuencia jurídica, sino que deben ser valorados en función a su relevancia para formar correctamente la voluntad negocial en el caso concreto. La finalidad de su enunciado es múltiple pero siempre se relaciona con la de facilitar la prueba de su incumplimiento, ya sea para solicitar una posible nulidad del negocio, para justificar un posible incumplimiento contractual, o incluso en orden a justificar la realización de posibles actos desleales como, entre otros, un acto de engaño, práctica agresiva o el abuso de una posición de dominio relativo en el mercado o de dependencia económica (artículos, 5, 7, 8 y 16 Ley de Competencia Desleal). Obviamente, el campo natural para el despliegue de efectos de la información precontractual es el de la posible anulabilidad del contrato por error obstativo en la apreciación del negocio<sup>(23)</sup>. A este fin, mientras el Art. 6 del PLCDC deja a la consideración de las partes y a la apreciación de los tribunales la producción de efectos derivados de la información precontractual, en término similares a lo que acontece hoy con los deberes de transparencia en la franquicia, el Art. 8 del APLCDC contemplaba específicamente que «el incumplimiento de los deberes de información ... puede dar lugar a la anulación del contrato si recaer sobre aspectos

existencia de registros autonómicos de franquiciadores (Art. 62.2 LOCM), así como la situación extrema en cuanto al tiempo posible para gestionar el anteproyecto aconsejó no abrir este posible frente.

(23) Véase GÓMEZ POMAR, F., y GILI SALDAÑA, M., «Cuestiones de formación...», cit.

esenciales del contrato y es de tal entidad que una persona razonable en la misma situación no habría formalizado el contrato o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos»... condensando con ello la jurisprudencia europea más significativa en la materia y matizando eso sí, que no procede instar la anulación si se incurrió en culpa grave al cometer el error, se ha asumido el riesgo del error o le corresponde soportarlo, o si la parte incumplidora en plazo razonablemente breve subsana el incumplimiento, así como en los casos en que ambas partes de buena fe incurrieron en el error. Introduciendo con ello también los principales matices que la jurisprudencia europea ha formulado respecto a la posible anulabilidad de los contratos por cargas de transparencia en los ámbitos empresariales. Esta precisión normativa, sería de gran utilidad vista la errática jurisprudencia existente en la apreciación de los efectos del art. 62.1 LOCM relativo al deber de información en la franquicia<sup>(24)</sup>.

#### 4.4. Condiciones generales de la contratación

Sin abandonar el ámbito de la responsabilidad precontractual, otra cuestión sobre la que conviene tomar posición es respecto al tratamiento de las condiciones generales de la contratación en el sector distributivo. Los listados de condiciones generales tienen gran importancia en los contratos de distribución, buena parte de los cuales son de adhesión. Así como resulta razonable que no exista la presunción de que determinadas cláusulas son abusivas, como ocurre en el TRLGDCU, otra cosa es negar a priori que existan condiciones generales abusivas en la contratación en este ámbito. Las tendencias más modernas en esta materia, que son apreciables no solo en el Derecho uniforme comercial internacional, sino también en algunas legislaciones de nuestro entorno europeo, tienden a la creación de un sistema mínimamente adecuado para la protección de los empresarios frente a la imposición de cláusulas abusivas en situaciones de dependencia económica<sup>(25)</sup>. Así ocurre con el artículo L441-6 del *Code Commerce* francés<sup>(26)</sup> y en el Derecho uniforme del comercio internacional, donde nos encontramos con diversos artículos que regulan esta materia: arts. 2.1.20, 2.1.2, 2.1.22, 3.10 y 4.6 de los Principios Unidroit 2004; 2.104, 2.209, 4.110 PECL. En nuestro propio ordenamiento ya se observa la misma tendencia a incidir en el problema en alguna de las legislaciones más recientes como el art. 9 de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que fija el carácter abusivo de aquellas cláusulas contractuales que difieran de los plazos de pagos, tipos legal de interés de demora y de los requisitos para exigir los intereses de demora del fijados por la propia Ley sin una justa causa; asimismo en el art. 54 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando establece la invalidez de la cláusula de sumisión expresa contenida en contratos de adhesión o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, independientemente de que el adherente sea o no consumidor. Por su parte hace ya tiempo que el Tribunal Supremo es consciente de este déficit normativo de nuestro ordenamiento jurídico y ha tratado de superarlo por la vía de la extensión analógica del régimen de las cláusulas abusivas previsto

(24) MARTÍ MIRAVALLS, J., «Anulabilidad por ausencia de falta de veracidad...» en *RDM*, n.º 256, 2005, págs. 865-883. y «El régimen de nulidad...», *Cef Legal, Revista Práctica de Derecho*, n.º 72, 2007. RUIZ PERIS, J.I., y MARTÍ MIRAVALLS, J., «La reforma del régimen de transparencia...», *RDM*, n.º 262, 2006.

(25) Véase RUIZ MUÑOZ, m., «Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial)» en *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRIA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, J. (Dir), págs. 351-425, en especial 398 y ss.

(26) A modo de orientación simple [http://www.bercy.gouv.fr/directions\\_services/dgcrf/documentation/lme/de-lais\\_paieement.htm](http://www.bercy.gouv.fr/directions_services/dgcrf/documentation/lme/de-lais_paieement.htm)

para los consumidores y usuarios<sup>(27)</sup>, lo que, a pesar de las opiniones doctrinales a su favor, no me parece un recurso satisfactorio y a mi juicio supone una opción de política jurídica equivocada. No considero apropiado introducir una visión consumerista en un ámbito estrictamente empresarial como el que ahora tratamos y entiendo que dicha extensión terminará por provocar movimientos estratégicos para forzar la reinterpretación de los contratos bajo argumentaciones victimistas que no siempre serán procedentes. Lo apropiado al caso sería, en consonancia con la jurisprudencias más desarrolladas del norte europeo como la alemana, obligar, en el control de inclusión, a destacar las cláusulas que impliquen una limitación de derechos del adherente o que no se correspondan con la práctica habitual del sector, y en el control material, eliminar la vinculación a las CGC imprevisibles racionalmente al tiempo de la celebración del contrato o las de exclusión de responsabilidad del predisponente que resulten injustificadas, desproporcionadas o introduzcan una manifiesta falta de reciprocidad entre las partes (Art. 11 APLCDC). Otra posible vía de acción sería la de obligar a la publicación de las CGC de los grandes contratantes y a destacar en la formalización del contrato aquellas condiciones que se aparten de lo inicialmente publicitado, vinculando dichos cambios a su justificación como condición particular. Sea como fuere, aprecio que de no promover un tratamiento específico y adecuado al sector es previsible que continúe la extensión de criterios consumeristas al ámbito empresarial y en concreto a la distribución comercial con efectos difíciles de evaluar.

#### IV. CONFLICTOS EN LA EJECUCIÓN DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES DE DISTRIBUCIÓN

##### 1. Abusos de dependencia y financiaciones encubiertas

La variedad de conflictos y de sus contextos en la distribución no hace posible ahora mostrar un panorama completo, por lo que, sintetizando, podemos concluir que las diversas prácticas desleales siempre terminan concretándose en las siguientes conductas sobre la base de una dependencia económica:

- 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 y similares.
- Interpretación de condiciones convenidas de manera acumulativa, extemporánea o sorpresiva con el fin de conseguir descuentos promocionales o rebajas por rappel contra lo que cabía deducir de la lógica del contrato.
- Aplicación de condiciones financieras no convenidas.

La mayor parte de dichas conductas se producen en relación a defectos en las comunicaciones de precios y tarifas, en relación a la determinación de objetivos comerciales, en las obligaciones de compras mínimas o en la aplicación de descuentos, bonificaciones, rappels y aportaciones por servicio. Y tras la mayor parte de los posibles abusos denunciados se encuentra el problema de la utilización de las compras mínimas o de la facturación improcedente de

(27) En este sentido puede consultarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1998 y 27 de abril de 1998 como meros ejemplos.

productos o servicios como técnica de financiación encubierta en beneficio del proveedor o del distribuidor en situación de predominio económico.

Así, la aplicación retroactiva de precios o tarifas o la comunicación tardía de las mismas que descomponen las previsiones económicas del proveedor o del distribuidor, recortando por sorpresa sus márgenes comerciales, es un supuesto clásico que puede vincularse con facilidad a la ausencia de formulación escrita de las actualizaciones del contrato y, en especial, al hecho de que no se deja claro que dichos pacto deben pactarse y/o comunicarse previamente a su aplicación o al menos en las fechas y condiciones previstas en el contrato, so pena de incurrir en un clásico supuesto desleal de recaptura de oportunidades comerciales. En el fondo la deslealtad de la conducta es fácilmente erradicable si se instaura un deber de comunicación y colaboración en la ejecución del contrato en sentido similar al que promueven los Art. 12 del APLCDC y 10 PLCDC y si se formula con claridad una regla de no retroactividad de las condiciones comerciales más onerosas.

La determinación de objetivos comerciales y compras mínimas por su parte es un campo en el que colisionan dos intereses y derechos contradictorios. Por un lado, el derecho de los distribuidores a no ser sometidos a contratos ligados, ni a requerimientos abusivos y desproporcionados a las capacidades reales de la labor promocional y a la elasticidad de la demanda. Por otro, la necesidad de asegurar el suministro y elementos necesarios para el correcto cumplimiento de los métodos operativos y niveles de calidad en las redes de distribución organizadas por un proveedor dotado de poder de dirección y la necesidad del proveedor o productor de definir y planificar el suministro o la producción. En estos supuestos tanto la jurisprudencia española y comunitaria como el Derecho Antitrust (Reglamento de acuerdos verticales 330/2010 y sus líneas directrices) ha admitido la necesidad de imponer compras y niveles mínimos de adquisición como requisito de eficiencia y competitividad de la red. Ahora bien, el cómo ha de ejercerse dicha competencia con respeto a la independencia de las partes y permitiendo unas mínimas previsiones contables es cuestión no tratada por el Derecho de la competencia y requeriría algunos matices. Es por eso que el Art. 14 APLCDC y 12 del PLCDC buscaron clarificar el alcance de dichas competencias de las partes y limitaban el derecho a la imposición de compras de lotes o series a los sistemas que tienen un sistema operativo propio, dejando en los restantes casos la decisión de adquirir en las manos del distribuidor que ha de adquirir en firme los productos como empresario independiente que es. El precepto también daba salida a la tradicional pretensión de sectores como los distribuidores de prensa y al requerimiento del defensor del pueblo en relación a la necesidad de mantener su capacidad de elección en el suministro y no ser sometidos a contratos ligados. El segundo elemento de conflicto en la materia se refiere a la determinación de las condiciones de entrega y puesta a disposición de la mercancía. Aquí los conflictos se manifiestan en múltiples sectores como el de la entrega del producto fresco en la distribución alimentaria (problema del descarte), en el sector de la automoción (entrega en campa), etc. etc. Una mínima regla común susceptible de adaptación a los diversos supuestos y apta para solucionar las prácticas de abuso usuales es tan simple como obligar a que el contrato defina con claridad las condiciones de entrega y puesta a disposición, sin que proceda la facturación o cobro de suministros no solicitados o no puestos a disposición efectiva de la parte. El requisito de previsibilidad y consentimiento resulta indiscutido en un plano abstracto y debería ser efectivo en el plano material concreto. La cuestión que enturbia lo que en el plano teórico nadie discute, es el valor que ha de otorgarse a la previsibilidad de cuantías de compras mínimas comprometidas como compra mínima y su adecuación a la realidad del mercado y a las capacidades del distribuidor. Determinar objetivos comerciales es necesario y lícito para planificar el suministro y la producción asegurando al distribuidor frente

a posibles rupturas de stock, del mismo modo que para ajustar la demanda del distribuidor a los volúmenes de suministro y a los tiempos de producción realizables por el proveedor. Sin embargo, si dichos objetivos o volúmenes de suministro/adquisición no se adecuan a las necesidades de abastecimiento del mercado, razonablemente previsibles, se crea una bolsa de stock excedente y se repercute la financiación del sistema y el riesgo empresarial al eslabón más débil. En este sentido resulta necesario articular algún principio rector y mecanismos de conciliación y adaptación a la realidad cambiante del mercado o se sancionará legalmente que las crisis de ventas se repercutan a los comerciantes más débiles de la cadena con la consiguiente destrucción de tejido empresarial.

Con la facturación de bonificaciones y descuentos por prestación de servicios tropezamos con el problema de los llamados *marges arriére*<sup>(28)</sup> que constituyen un problema mixto de derecho material, derecho de la competencia y protección contra el comportamiento desleal. La cuestión fue objeto de tratamiento específico y extenso en la reforma francesa de los años 2005 y 2006: artículo L 442-6 I n.º 2, 3, 7, 8 y II, así como en el artículo L 441-2-1 respecto a los productos agrícolas, y en el artículo L 441-3 respecto a las fórmulas generales de facturación<sup>(29)</sup>.

Se constata de modo creciente el problema de la utilización abusiva de políticas de descuentos, bonificaciones o cobros por servicios promocionales en aquellos contextos en los que existe una gran asimetría de poderes de contratación o situaciones de dependencia económica. Aquí no importa si es el proveedor o el distribuidor quien realiza las prácticas, resulta imposible identificar claramente un perfil del infractor, sino el hecho de que quien se encuentra en posición de dominio puede utilizarlas de manera que constituyan repercusión de costes marginales, financiación encubierta, instauración de políticas de venta con precio «a la plancha» o por debajo del coste de producción, instrumento para crear barreras de acceso al mercado ante la aparición de potenciales competidores, etc. etc. Por otro lado, resulta imposible y sería ineficiente prohibir con carácter general la realización de estas prácticas que constituyen base esencial del sistema económico, introducen premios a la eficiencia en la distribución y fomentan una mejor integración de los diversos niveles de la distribución.

En consecuencia y dado que ya existe una prohibición general del abuso de dependencia en la ley de competencia desleal corresponde atajar la realización de dichas prácticas abusivas mediante la instauración de un sistema de transparencia, la potenciación del principio de consentimiento y la limitación de las prácticas de facturación potencialmente abusivas. Primeramente, los baremos de precios, tarifas, *rappelles* y bonificaciones deberían ser fijados de común acuerdo y sobre todo, con carácter previo a su utilización, ya que éste es uno de los principales problemas observados; tras fijar un precio, normalmente ya ajustado al máximo en sus márgenes comerciales, se aplican retroactivamente *rappelles*, cobros por servicios promocionales o bonificaciones, que privan a la parte débil de sus márgenes comerciales o les repercuten los riesgos de la operación. Esto tiene su correlativo en las prácticas de facturación,

(28) Empresas como Leclerc (Tribunal de commerce de Paris, 29 octubre 2009) y Carrefour (Cour de Casation 10 febrero 2010) han recibidas condenas de un millón de euros y 300.000 mil euros respectivamente por prácticas relacionadas con los *Marges arriére*. Para una definición y aproximación simple véase <http://www.definitions-marketing.com/Definition-Marge-arriere>. DUSSART, C., y LION, P, «Ces impayables “Marges Arrière”», *Decisions Marketing*, n.º 41, 2006, págs. 91-96

(29) Véanse igualmente los informes Assemblée Nationale n.º 2319, 4 avril 2000 (en adelante Informe Jean-Yves Le Déaut) Informe, «Reforme de Loi Galland sur les conditions de negociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs», Comisión Ganivet 7 octubre 2004, Cámara de Comercio e Industria de Paris (en adelante informe Ganivet), e informe «Bilan de la réforme de la loi Galland et perspectives d'évolution. Position de la CCIP» 21 junio 2007, (en adelante informe Philippe Houzé).

que deben obedecer a la prestación real y efectiva de los servicios previamente aceptados. Este precepto, que recoge aportaciones de los Códigos de conducta Fiab-Asedas, Ari-Fande, y de la jurisprudencia europea, daría solución a una de las quejas más habituales sobre la praxis en el sector de los concesionarios de automoción y de los pequeños fabricantes nacionales frente a las grandes centrales de compra. En el servicio de reclamaciones del Banco de España se constatan frecuentes quejas por la política de facturación adelantada en estos sectores. Quejas, a las que el servicio no puede dar solución más allá de señalar las malas prácticas bancarias, por entender que es un «problema comercial» ajeno a sus competencias. Esta mala praxis ha sido igualmente constatada por diversas autoridades de la competencia europeas y nacionales, que sin embargo sólo pueden atacarla en tanto generen efectos apreciables sobre la competencia en el mercado, como ocurre señaladamente en el caso del Conseil National de la Concurrence francés, asunto de los juguetes-campaña de navidad como ejemplo verdaderamente representativo y bien documentado del caso<sup>(30)</sup>.

Las únicas alegaciones que se presentan contra una regulación en este sentido es la consabida introducción de elementos de rigidez en el mercado que harían imposibles reacciones rápidas ante los estímulos del mercado. Alegación que considero improcedente. Con los medios actuales y dada la equiparación funcional y procesal entre el documento ordinario y el electrónico, hoy en día es posible convenir cualquier campaña en cuestión de horas y plasmarla por escrito en un tiempo que haría imposible que tan siquiera se pudieran imprimir los primeros carteles promocionales. Por otro lado, que no existiera acuerdo para compartir gastos en la realización de una campaña promocional con un proveedor no significa que dicha campaña quede prohibida, tan sólo que el esfuerzo promocional recae en la parte interesada y si la actitud es de no colaboración probablemente ésta termine por dedicar su esfuerzo promocional a otra marca. En síntesis, no observo una razón válida para que un distribuidor independiente no continúe decidiendo libremente su política de inversiones, bien mediante decisión ad hoc, bien mediante previsiones de cesión del poder de decisión que sean previsibles y provisionables.

## 2. Atribución de ventas directas y ventas por Internet. Mercados electrónicos

¿Tiene sentido sacar una ley anclada en los mecanismos de contratación del siglo XIX cuando todo el sistema distributivo se tambalea por la aparición de los efectos de nuevas tecnologías y modelos de contratación? La previsible proliferación de mercados electrónicos hará que buena parte de los intermediarios actuales terminen por desaparecer al ser innecesarios, pues ya es posible el acceso directo a la fuente de producción en condiciones ventajosas de precios y condiciones de suministro. Por otro lado, el comercio electrónico por Internet introduce un nuevo factor en la comercialización de bienes y servicios, pues permite que cualquier adquirente esté a unos pocos clicks de cualquier distribuidor sin consideración a su ubicación física o a los espacios territoriales atribuidos en el sistema de distribución. Pero el caso es que todo sistema tiende por inercia a resistir a la transformación y esto ha abierto la guerra por el control o la prohibición de las ventas por Internet/el comercio electrónico en los sistemas de distribución.

Es una cláusula habitual en los sistemas de distribución la de atribución de reservas de clientela a favor del proveedor. Reservas que bien se fijan por criterios territoriales o por criterios funcionales, clases de clientela, etc. En este sentido, lo mismo que en la admisibilidad de

(30) Decisión n.º 07-D-50 de 20 diciembre 2007 «relative á des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de jouets». Así como las sentencias Leclercq y Carrefour anteriormente mencionadas.

condicionantes a los métodos de comercialización, publicidad y derecho de establecimiento, cuestiones todas ellas admitidas en el Derecho de la competencia en el ámbito de las redes de distribución selectiva, franquicias y sistemas similares, se podría pensar que fuera lícita la denegación del acceso a las ventas por Internet o el condicionante de las mismas a los criterios del proveedor. Y sin embargo, no es así propiamente.

Desde siempre también la reserva de clases de clientela para la venta directa por el proveedor ha sido vista por el distribuidor como una sustracción de capas esenciales de su clientela potencial. Y más aún como una desvirtuación de su exclusiva territorial allí donde se le ha concedido. Con la llegada de Internet, por el contrario, los proveedores han visto como son los distribuidores los que pueden vaciar de contenido el diseño de su red y derrumbar sus políticas de precios regionales al acceder directamente al consumidor por medio de la venta electrónica directa. Muchas redes de distribución selectiva observan con preocupación el fenómeno del comercio electrónico por entender que hacen inviable el mantenimiento del sistema actual y que condicionan gravemente el diseño de la comercialización e imagen de marca. Esto es especialmente claro, por ejemplo, en el mercado de bienes de lujo, donde el elevado valor de las mercancías justifica el tránsito de pequeñas cantidades a gran distancia para aprovechar la asimetría de precios regionales.

Por otro lado 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., amen de entroncar con el régimen de libertades básicas del TFUE<sup>(31)</sup>. En este contexto de tensión entre derechos e intereses, existe una fuerte presión por parte de grandes grupos empresariales para conseguir la consagración de la «libertad para restringir» el acceso de sus distribuidores a la red.

La Comisión europea, en este sentido, ha establecido en diversas comunicaciones y en las líneas directrices del reglamento de acuerdos verticales 330/2010 su posición respecto al acceso de los distribuidores a Internet. Si bien no puede decirse que la Comisión haya delimitado unos contornos precisos, algunos aspectos ya pueden considerarse consolidados y es difícil que pueda retrocederse sobre estas posturas ya que hay cuestiones de afección a los derechos constitucionales o a principios básicos como el de libertad de circulación de mercancías y prestación de servicios, que lo impedirían.

Así considero que el principio de *no prohibición* en el acceso a las ventas por Internet salvo por razón de salud pública (venta de medicamentos) o seguridad de los consumidores puede considerarse plenamente estabilizado. Esto es coherente con los derechos de los empresarios a acceder a la sociedad de la información que recogen nuestras leyes (Ley de Servicios

(31) La cuestión es demasiado compleja para una exposición completa por lo que remito como mejores referencias a CARBAJO CASCÓN, F., «El contrato de distribución selectiva» en *Contratos mercantiles*, BERCOVITZ, R. (Dir) Aranzadi, 2009, págs. 839 y ss. GORRIZ LÓPEZ, C., *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Aranzadi, 2007, págs. 31 y ss. y «Distribución comercial y Derecho de la competencia, (pasado, presente y futuro de la exención por categorías de los acuerdos verticales)» en *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución*, n.º 6, 2010, págs. 37 y ss. FUENTES NAHARRO, M., La distribución selectiva y el formato de comercialización: la distribución *on line* y la infracción por demérito de marca» en *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, ECHEBARRÍA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, A. J. (Dir) Madrid, La Ley, 2011, págs. 379-412. Muy recomendable próximamente BUESO GUILLÉN, P., en el libro de actas del *III Congreso nacional de Derecho de la distribución comercial y Derecho de la competencia*. MUÑOZ PÉREZ, A. F., «El conflicto entre la distribución selectiva y el comercio paralelo» en *Los contratos de distribución...*, 2010, págs. 689-745.



de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónica, en adelante LSSICE), con el principio constitucional de libertad de empresa e iniciativa económica (art. 38 CE) y con el planteamiento de las autoridades de la competencia de la Unión Europea que consideran las ventas por Internet «ventas pasivas» y por tanto esenciales para asegurar la libre circulación de bienes y servicios en el mercado único<sup>(32)</sup>. Cuestión distinta es si se puede *condicionar el acceso* a la venta por Internet. A este respecto y simplificando las conclusiones considero razonable establecer el principio de que lo que no se puede hacer en la realidad ordinaria no puede hacerse en la red y viceversa. En el contexto de la distribución selectiva se ha admitido la imposición de ciertas condiciones para la venta en Internet, sobre la necesidad de salvaguardar niveles mínimos de calidad, pero siempre con justificación objetiva, existiendo necesidad, no discriminación y proporcionalidad en las medidas. Estas restricciones, por otro lado, no han de impedir en ningún caso el acceso de los consumidores a las Web o a los productos de los distribuidores o impedir, directa o indirectamente, el libre tránsito de las mercancías. Estos mínimos son los que expresan el art. 16 del APLCD y 14 del PLCD. Queda aún por debatir ante los tribunales el alcance de las aplicaciones concretas de dichos principios: A modo de ejemplo, se admite, a nivel comunitario el requerimiento de que exista un local físico de distribución para poder dedicarse a la venta por Internet (Art. 36 de la propuesta), y en países como Francia el requerimiento de que se realice una determinada proporción de ventas por vía presencial o de medidas encaminadas a que se salvaguarde la imagen comercial. En general, se aprecia una tendencia a aplicar la teoría de las restricciones accesorias en la materia, en sentido similar a como acontece con las restricciones ordinarias en los acuerdos de carácter vertical. Pero, por el contrario, otras resoluciones han dejado claro que no es admisible la política de discriminación en precios para las ventas por Internet, establecer condiciones de acceso que hagan difícil o imposible acceder al distribuidor, obligar a los distribuidores al uso de un servidor único, imponer la negativa a atender a clientes procedentes de otras zonas, etc.

Esto supone, en todo caso, que resulta posible (y a mi juicio conveniente) establecer criterios generales de admisibilidad en los pactos referentes al comercio electrónico, con el fin de acotar los posibles intentos de restricción en el acceso a la sociedad de la información y orientar la formulación de los contratos en plano material obligacional.

Algo parecido ocurre con los *mercados electrónicos*. Fenómeno aun incipiente y en pleno desarrollo, resulta difícil precisar la totalidad de cuestiones que se pueden suscitar en relación a los mismos y, en especial, sus patologías, pero en todo caso los mínimos requisitos de funcionamiento de los mercados privados son conocidos y deberían extrapolarse al medio telemático. Carecería de sentido que la imprevisión normativa creara espacios comerciales opacos a los más elementales principios de transparencia, lealtad y no discriminación en los espacios virtuales de contratación que están destinados a sustituir en buena medida a los tradicionales<sup>(33)</sup>.

(32) Líneas directrices R. 330/2010 n.º 52 a 54. Véase cita precedente.

(33) Por poner un término de arranque no excesivamente lejano, las primeras normas que se ocupan en nuestro país de establecer principios de transparencia, igualdad de acceso y no discriminación en los corros de contratación son el RD 1822/1978 de 26 de julio sobre canales de comercialización de productos agropecuarios y pesqueros para la alimentación, que se basaba a su vez en el D. 364/1974 de 20 diciembre y el D.L. 6/1974 (Complementado por la OM 22 mayo 1980 Registro especial de entidades y centrales de distribución de productos alimentarios perecederos (BOE 9-6-1980 n.º 138)). Especialmente claros en su finalidad de instaurar principios de transparencia los RD que crean y regulan los mercados centrales de intermediación, (RD 1822/1978 y Reglamento CE 2200/1996 28 octubre organización común de mercados en el sector de frutas y hortalizas, modificado por R. 911/2001) que crean y regulan la red de mercados provinciales centrales: 22 unidades de mercados (Mercaoild, Mercamadrid, etc.) todos ellos integrados en mercasa, empresa nacional. Tan sólo cuatro mercados nacionales (Madrid, Barcelona, Bilbao y Valencia) concentran la venta de más del 60% de todos los productos hortofrutícolas del país.

Así, creo indiscutible que la creación de espacios comerciales virtuales debe ser libre, con excepción de los posibles mercados regulados, pero no que su funcionamiento deba ser ajeno a las normas generales. A este respecto no resultan suficientes las normas de Derecho de la competencia, que sólo pueden actuar cuando las prácticas desleales realizadas en mercados electrónicos constituyen barrera de acceso al mercado o práctica facilitadora de la colusión. Las normas de la LCD por su parte, no eliminarían nada más que las conductas de abuso-discriminación más evidentes, pero no son especialmente aptas para perseguir las conductas de manipulación. La norma del art. 34 APLCD y 27 PLCD en este sentido, respetando íntegramente la libertad de contratación, junto al beneficio de aportar una transparencia de la que se beneficiarán las autoridades públicas supervisoras, aporta igualmente una tutela contra la deslealtad en este ámbito, aspecto no cubierto por la actividad de la Comisión Nacional de Competencia. Es por otro lado una norma que fomenta la eficiencia de mercado al crear marcos estables y confiables en sus condiciones de acceso y operatividad.

Otras cuestiones, sin embargo, quedarán al arbitrio de las opciones de política jurídica que se determinen. A modo de ejemplo, en la regulación de las subastas electrónicas, instrumento esencial de los mercados electrónicos, se podrá optar por políticas más o menos tutelares y, por ejemplo, prohibir las subastas a la baja (o de estilo Holandés) en sectores como el productos de alimentación frescos, tal y como se ha hecho en Francia, o no<sup>(34)</sup>. Dependiendo de cómo aprecie el legislador las situaciones de dependencia y posible abuso se pueden formular regulaciones con muy distinto alcance. El PLCD, por ejemplo, introduce diversas cautelas en la realización de la subasta electrónica que parecen verdaderamente superfluas por lo básicas (Art. 28 PLCD: transparencia en las condiciones de acceso, necesidad de ajustarse a la oferta, procedimiento transparente de fijación del precio, obligación de compra del bien adjudicado y de venta del bien ofrecido, transparencia o limitación de los precios de reserva<sup>(35)</sup>), y que sin embargo obedecen a patologías constatadas por múltiples asociaciones en la manipulación de precios mediante subasta electrónica<sup>(36)</sup>. Aquí una vez más no es necesario inventar demasiado; la utilización de técnicas electrónicas para conseguir la manipulación de precios en el mercado es bien conocida en el mercado electrónico de valores y las normas sobre abuso de mercado aplicables al sector

(34) La prohibición de subastas a la baja de productos frescos perecederos destinados a la alimentación fue promulgada en el artículo L442-10 del *Code Commerce* francés, en su reforma del año 2005. Las discusiones previas a la promulgación de este precepto, recogidas en distintos informes parlamentarios y de las cámaras de comercio (Informe Ganivet), pusieron de manifiesto la situación de desprotección de los pequeños y medianos proveedores agropecuarios frente a las centrales de compra e intermediación que implantaban sistemas de adquisición por subasta inversa o a la baja. La combinación entre el carácter perecedero de los productos frescos, que disponen de un limitado marco temporal para su colocación, en combinación con el hecho de que sólo los grandes compradores fijan el suelo y el nivel medio de los precios de adquisición por el volumen de compra, generaba con frecuencia que, por el mero hecho de limitarse a esperar, estos compradores obtenían precios «a la plancha» o incluso por debajo de los costes de producción ante la alternativa de perder o ver devaluarse irremisiblemente el valor de las mercancías.

(35) La utilización de precios de reserva no difundidos o comunicados a los participantes en la subasta puede crear una ilusión de accesibilidad a los bienes subastados, atendido el nivel de precio mínimo real que supone el precio de reserva. En el mismo sentido, los precios de reserva pueden coadyuvar a establecer mecanismos de financiación encubierta de los organizadores, porque su carácter secreto, en combinación con la imposición de precios fianzas o depósitos por la participación en la puja, pueden crear condiciones de acceso al bien inalcanzables sin conocer el alcance real de la postura mínima exigida, mientras que la simple participación ya constituye fuente de ingreso para el sistema. Se pretende, pues que las fianzas precios y condiciones de acceso obedezcan a los costes operativos reales y que los mismos se asuman por los participantes con conocimiento de causa sobre la posibilidad real de obtener una adjudicación. Sobre la problemática de los precios de reserva, MIRANDA SERRANO, L. M., «Las subastas con precio de reserva ante el derecho de la competencia. Reflexiones al hilo de una jurisprudencia reciente» en *RDM*, n.º 277, 2010, pags. 993-1050.

(36) Especialmente claras las alegaciones del Ministerio de Medioambiente y Medio rural y Marino en este sentido durante la tramitación del PLCDC.

son fácilmente extrapolables al contexto de la distribución con el fin de erradicar las prácticas desleales y abusivas que utilizan el medio electrónico.

## V. LA ETERNA CUESTIÓN DE LA TERMINACIÓN CONTRACTUAL

Queda por último la eterna cuestión de la terminación de los contratos de distribución. Sin duda el tema más debatido y combatido y que más ha envenenado las relaciones de distribución comercial, así como el que llena nuestros juzgados. Recuerdo que la mera existencia de un PLCD se debió en buena medida al detonante que introducía la regulación de la terminación contractual en el ámbito de los concesionarios de la automoción en la disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la LES.

Las cuestiones que suscitan en torno a la terminación contractual de los contratos de distribución son básicamente las normas de duración del contrato y tácita reconducción, la extinción del contrato y sus causas y las posibles indemnizaciones y/o compensaciones derivadas de la extinción, así como las consecuencias de la liquidación de relaciones entre las partes.

### 1. Duración del contrato, extinción de los contratos y tácita reconducción

En este caso se trata simplemente de tomar una serie de opciones que clarificarían el panorama de la contratación y evitarían muchos conflictos y debates superfluos. Es obvia la necesidad de diferenciar el tratamiento en la terminación entre contratos a tiempo definido e indefinido conforme a nuestra doctrina tradicional del Derecho de obligaciones y a nuestra jurisprudencia establecida y optar en el supuesto de omisión por el carácter indefinido de los mismos. Más importante resulta la necesidad de asegurar que los contratos se formulan por un período de tiempo mínimo suficiente que haga posible las amortizaciones de las inversiones específicas necesarias para el cumplimiento del acuerdo<sup>(37)</sup>, so pena de sancionar el principal mecanismo de creación de subordinación económica y posible abuso de la misma. El fenómeno creciente de la integración comercial implica el traspaso o intercambio de funciones del proveedor al distribuidor y viceversa, respecto a los clásicos parámetros en los que ambos empresarios eran competidores plenamente independientes que competían entre si por obtener los mejores márgenes comerciales. En la actualidad la colaboración entre los empresario integrados en una misma red implica que el organizador de la misma obliga a la realización de inversiones específicas que se realizan en su interés y por su indicación expresa. Los distribuidores probablemente podrían conseguir resultados análogos sin necesidad de realizar dichas inversiones, que son forzadas para el mayor lucimiento y promoción de la marca del proveedor o para el cumplimiento del método operativo que este diseña (métodos, condiciones de calidad, stocks mínimos, etc.). Es por eso, que a una competencia lícitamente ejercida corresponda una responsabilidad y un comportamiento coherente en buena fe. No es lógico inducir a la realización de inversiones cuantiosas y no otorgar un plazo que permita, si quiera mínimamente, la realización de una escala de amortización de las mismas. Es cierto que el cumplimiento de las escalas de amortización de las inversiones depende en gran medida de la efectividad del distribuidor pero, también, que en la ciencia económica a un montante de inversiones le corresponde un índice de retorno de inversiones (ROI) razonable y por derivación un plazo mínimo factible. Cuando se observan contrataciones en períodos claramente insuficientes para amortizar las in-

(37) Sobre el tema ECHEBARRÍA SÁENZ, J., *El contrato de franquicia...*, págs. 451 y ss. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «Duración de los contratos de distribución» en *Los contratos de distribución...*, cit., págs. 537-583. 531 y ss.

versiones inducidas por el contratante dominante, normalmente nos encontramos ante políticas de adhesión forzada derivadas de la situación de asimetría en el poder de contratación y ante la esperanza, igualmente inducida, de que dichos plazos se prorrogarán.

Por lo demás algunas cosas están afortunadamente claras en nuestra jurisprudencia y en nuestra doctrina, sin perjuicio de que positivizarlas no tenga otros efectos a considerar. Así, por ejemplo, en la terminación de los contratos a tiempo determinado, una vez pactado un plazo y siendo este eficaz (artículo 1278 CC), sólo procede la resolución del contrato con causa justificada, admitida en el Derecho civil y mercantil (art. 1290 CC y ampliamente en la jurisprudencia). Del mismo modo, en nuestra jurisprudencia, sobre la tácita reconducción de los contratos también es habitual que transcurrido el plazo pactado, si el contrato continuase en ejercicio se entienda transformado a tiempo indefinido. Los ordenamientos europeos se dividen entre los que, ante una tácita reconducción, establecen la norma de contratación indefinida como norma residual (Alemania, Francia, España) y los que establecen la norma de prórroga por igual tiempo al inicialmente pactado (Italia). Nuestra jurisprudencia entiende que la conversión de los contratos de tracto sucesivo prorrogados, en contratos a tiempo indefinido, es acorde con su naturaleza y ofrece una adaptación superior a los intereses de las partes, al permitir la libre resolución *ad nutum*, frente a la posible prórroga forzosa por períodos que podrían resultar inadecuados al contexto tras el vencimiento o excesivamente onerosos como castigo a la inobservancia de los plazos de denuncia; todo el mundo piensa en prórrogas de uno o dos años, pero no es lo mismo prorrogar un contrato por cinco o diez años.... La tácita reconducción de los contratos a tiempo indefinido es, a mi parecer, la opción que mejor salvaguarda la libertad de las partes para recobrar su libertad de contratación y promover el mejor fomento de las relaciones basadas en la confianza por someterse a la libre resolución *ad nutum* y a los plazos de preaviso.

En lo tocante a los contratos a tiempo indefinido, forma parte de nuestro acervo doctrinal y jurisprudencial la *libre resolución ad nutum* de los contratos concertados sin plazo determinado como consecuencia lógica de la prohibición de establecer obligaciones de carácter perpetuo que privarían a las partes de su autonomía de la voluntad. Este principio es recogido por la mayor parte de los Códigos Civiles de nuestro entorno o bien, como en nuestro caso, ha sido establecido por la jurisprudencia sobre la interpretación de los art. 1272 y 1127 CC. Esto en sí no es novedoso, pues constituye jurisprudencia consolidada y pacífica, pero reconocerlo en la ley tendría efectos distintos que el mero acogimiento jurisprudencial, como, por ejemplo, la afección al art 63 de la Ley Concursal, que permite al contrato de agencia la resolución del contrato en situación de concurso por el reconocimiento en norma positiva de la facultad de la libre resolución *ad nutum*. Facultad, de la que carecen hoy los restantes contratos de distribución comercial, dada la ausencia de previsión legal, pese a necesitar con más razón de dicha capacidad que los agentes comerciales.

Mucho más reciente en nuestra jurisprudencia es la implantación de los *plazos de preaviso* como consecuencia de la libertad de denunciar libremente y sin justa causa las relaciones contractuales indefinidas. Los plazos de preaviso aparecen primeramente en la doctrina interpretativa del Código Civil alemán (BGB) y Código de Comercio alemán (HGB) y del *Code Civile français* como consecuencia de la obligación de actuación en buena fe y de no lesionar a la contraparte y son positivados significativamente en los parágrafos 89 y ss. del HGB que regulaban las relaciones de agencia. En nuestro ordenamiento aparecen expresamente adscritos a las relaciones de distribución en una primera sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1973 y desde entonces de manera creciente hasta el día presente (TS 11 febrero 1984, 22

marzo 1988, 28 febrero 1989, etc. etc.), en el que cabe afirmar que es norma indiscutida. Con la transposición de la directiva sobre contrato de agencia nuestra ley de contrato de agencia copia el parágrafo 89 b del HGB alemán relativo a los plazos de preaviso, y de dicha ley por efecto de la jurisprudencia se extienden al conjunto de los contratos de distribución sin demasiada resistencia allí donde no se haya pactado uno específico. Positivar el preaviso, sin embargo, sería útil en cuanto introduciría una referencia negocial clara con carácter mínimo tuitivo. Se puede objetar si es procedente trasponer unos plazos de preaviso establecidos para la relación de agencia al entorno de los distribuidores, empresarios independientes, pero si en un entorno económico como el de la agencia, en el que el nivel de inversiones es significativamente menor que en el de la más pequeña distribución y el grado de adaptabilidad del agente ante la resolución es claramente superior al de cualquier negocio distributivo, sería muy difícil explicar cómo, en un entorno económico más comprometido y de más difícil adaptación, se permiten plazos inferiores. Por otro lado, el plazo de preaviso ha sido asimilado por las partes como un espacio de tiempo necesario para la ordenada extinción de las operaciones pendientes y como fórmula que disminuye el alcance de las posibles indemnizaciones. Ahora bien, así como el modelo de preaviso de la agencia puede ser extrapolable a los contratos de distribución verticales del sector minorista, considero que en la distribución mayorista y en concreto en las empresas suministradoras dependientes de comprador, único o dominante, el plazo no es el más idóneo y debería ampliarse o adaptarse a los tiempos de planificación de la producción, que es el que marca verdaderamente los ritmos de la relación negocial<sup>(38)</sup>.

Por otro lado, tal y como se ha indicado tanto en los contratos tiempo definido como a tiempo indeterminado es ordinaria la resolución por justa causa (nulidad, anulabilidad, incumplimiento, imposibilidad sobrevenida, etc.). Aquí sin embargo, conviene introducir una matización que aparece recogida en diversas leyes norteamericanas sobre *franchising* así como en variadas sentencias en los más variados países de nuestro entorno o incluso en nuestra propia jurisprudencia<sup>(39)</sup>. Me refiero a la necesidad de que el incumplimiento en el entorno de las redes de distribución sea grave o reiterado y en este caso apreciado tras el otorgamiento de un plazo razonable para la subsanación del defecto en el incumplimiento, pues en una relación negocial compleja de tracto sucesivo y dominada por el interés común en la colaboración no debería otorgarse trascendencia a conductas marginales en relación al conjunto de las prestaciones. Del mismo modo que no debería otorgarse reconocimiento y sanción al incumplimiento consentido *ad origine* o de manera habitual actuando contra los propios actos, cuando lo que se desea es meramente amparar una conducta resolutoria ordinaria y se utiliza para ello un argumento estratégico formalmente correcto, pero sustantivamente improcedente en buena fe.

(38) En este mismo sentido el artículo L442-6 n.º 5 del *Code Commerce français* así como algunos códigos de conducta concertados entre proveedores y distribuidores. Si de ordinario es el proveedor quien debe otorgar un plazo de preaviso a su distribuidor, para permitir la ordenada extinción de las relaciones y su readaptación al mercado, en el caso de las centrales de compra que totalizan o dominan la capacidad de producción y venta de un fabricante, quien necesita la tutela de un plazo de preaviso es el proveedor. En estas circunstancias un plazo mínimo de seis meses puede otorgar una mínima posibilidad de reorientar la política de producción y comercialización del proveedor dependiente, mientras que en los supuestos en los que la producción se rige por un sistema de campañas planificadas, usualmente anuales (p. ej. Sector textil) el plazo de preaviso debería ajustarse a dicha planificación para evitar el cierre de la cadena productiva o de la propia empresa.

(39) Véase ECHEBARRÍA SÁENZ, J., *El contrato de franquicia...*, págs. 498 y ss.

## 2. Indemnizaciones y compensaciones por terminación

Si algún capítulo puede ser polémico en una LCD sin duda es este. Y si algún factor de la misma puede ser enturbiado y alejado de una discusión técnica por presión de los lobbys sin duda es esta. Aquí obviamente junto a cuestiones de pura técnica jurídica el legislador debe formular sus opciones de política jurídica y hacerlo con conciencia de que a estas alturas ya existe una jurisprudencia establecida en algunas de las cuestiones implicadas como la posibilidad de obtener indemnización por aplicación analógica del art. 28 LCA, concurriendo determinados requisitos<sup>(40)</sup>, y que un retroceso sobre lo dispuesto en la misma tras 20 años de conquista en los tribunales, sólo puede ser sentido por una de las partes contendientes como una derrota. Del mismo modo, es necesario ser consciente de que una generalización del deber de indemnización, en un contexto en el que la jurisprudencia admite la renuncia al derecho de indemnización<sup>(41)</sup>, sólo puede ser sentida por la facción contraria como una pérdida insufrible. De alguna manera la jurisprudencia ha puesto el debate en tablas y por ello es el legislador el que ha de determinar cuál es la opción de política jurídica más justa y adecuada a nuestro contexto empresarial, pero lo que en ningún caso debería darse es una solución asistemática y que deje en el campo de contienda cuestiones trascendentes sin una solución clara. Finalmente, lo que las partes demandan unánimemente es una solución que de seguridad jurídica y que permita en su caso la provisión de las indemnizaciones sin sobresaltos o sorpresas. Si algo se puede achacar a la solución actual jurisprudencial es la irregularidad de sus soluciones en lo que se refiere a los criterios de cuantificación de las indemnizaciones, que en algún caso el TS se permitió tildar de cuestión de hecho apreciable por el tribunal de instancia, pero que en realidad es una cuestión jurídica y de hondo calado para ofrecer seguridad jurídica. Resulta intolerable que problemas uniformes reciban soluciones distintas o indemnizaciones con diferencias de valoración superiores al 65%. Eso sólo es inseguridad jurídica.

Por ello, cualquiera que sea la solución por la que se opte debería estar bien sistematizada y diferenciar entre:

1. Supuestos de hecho que dan lugar a la indemnización: Distinguiendo los diferentes modelos de contrato en orden a la terminación (contrato a tiempo indefinido o a tiempo definido) y los distintos conceptos compensables (indemnizaciones propiamente dichas y compensaciones).

2. Criterios de valoración de dichas indemnizaciones: y aquí detallando cuestiones claramente debatidas como la determinación del valor del fondo de comercio, las inversiones específicas y el problema del stock sobrante.

3. Supuestos de posible exclusión de las indemnizaciones establecidas

(40) Y también acudiendo en ocasiones a la doctrina del enriquecimiento sin causa y al principio de buena fe. El tema es complejo por lo que aconsejo la lectura de ECHEBARRÍA SÁENZ, J. *El contrato de franquicia...*, págs. 539 y ss. Con brevedad y concisión MARTÍNEZ SANZ, F., «La indemnización por clientela de los distribuidores» en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, J., (Dir), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, págs. 587-599 y con un panorama amplio y completo de la jurisprudencia más reciente TAPIA SÁNCHEZ, R., «La extinción de los contratos de distribución y agencia como presupuesto de la indemnización por clientela» en), *Los contratos de distribución*, cit, págs. 601-650. y BREL PEDREÑO, A., «Criterios jurisprudenciales de indemnización por clientela en la extinción de los contratos de distribución» en ECHEBARRÍA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, A. J., (Dir) *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, Madrid, La Ley, 2011, págs. 31-337.

(41) Por ejemplo las SSTs 18 marzo 2002, 18 marzo 2004, 22 junio 2007 y 20 julio 2007, entre otras.

4. Relación de los distintos conceptos indemnizables entre si: como se integra la indemnización por inversiones o la compensación por clientela con la indemnización por incumplimiento contractual, por ejemplo, si son acumulables o no (norma de cierre).

Detallemos brevemente por partes:

### 2.1. *Supuestos de hecho: indemnizaciones vs. compensaciones*

Partiendo de que en nuestra doctrina y jurisprudencia consolidada los contratos a tiempo indefinido se resuelven por el transcurso del término pactado o por justa causa, mientras que los contratos a tiempo indefinido se resuelven por justa causa o por libre denuncia ad nutum sin necesidad de causa justificada pero con respeto a los plazos de preaviso, es norma de consenso general que todo contrato (de distribución o no) se puede dar por finalizado y sin necesidad de contemplar preaviso en los casos de incumplimiento, mientras que en los supuestos de concurso, al no existir norma equiparable a la del contrato de agencia se estará a lo previsto en la LC. Es igualmente cuestión de teoría general de los contratos que los resueltos por incumplimiento otorgan derecho de indemnización a la parte cumplidora perjudicada por el incumplimiento. Y, siguiendo con este argumento, es cuestión indubitada que en nuestro ordenamiento, en caso de incumplimiento contractual, se otorga indemnización por los daños emergentes y por el lucro cesante o interés contractual positivo. Cuando se aplica esta norma a un contrato de distribución, todo el mundo tiene claro que a los daños que se puedan demostrar como consecuencia del incumplimiento se debería sumar el concepto económico del lucro cesante, que en nuestra doctrina económica de la empresa, aplicada al caso, se suele identificar con el valor del fondo de comercio cuyo disfrute se pierde (una capitalización del mismo en realidad), mas comúnmente llamado, la clientela. Recuerdo esto porque la llamada clientela es tan sólo un concepto económico, un valor, que aparecerá en diversos contextos y cuya indemnizabilidad depende únicamente de que exista causa justificativa.

Es por eso que en ordenamientos como el alemán se diferencia entre los casos en que la clientela (rectius fondo de comercio) se paga como indemnización (p. ej. Por incumplimiento del proveedor) de aquellos casos en los que se compensa (*anwendung*), como consecuencia de la terminación<sup>(42)</sup>. Esto ocurre igualmente en los casos de aplicación analógica de la regulación de agencia a los contratos de distribución en nuestro país, como veremos más adelante, pues en la directiva sobre agencia se siguió un modelo claramente inspirado en los art. 89 y ss. del HGB alemán que introdujo en nuestro ordenamiento el planteamiento doctrinal germánico. En este supuesto se aprecia que el contrato celebrado entre dos empresarios independientes ha creado un valor económico compartido entre las partes, la clientela, y que la terminación del mismo, dadas las circunstancias, supone que sólo una de ellas continuará disfrutando de la misma, por lo que procede la disolución de esa comunidad sobre el valor compartido y la compensación al perjudicado por la resolución, a cargo de quien continúa en el disfrute del valor. Considero importante señalar que esto ocurre no porque el distribuidor sea representante del proveedor, sino precisamente porque es un comerciante independiente que creó el valor económico de la clientela para su propio disfrute y para compensar el riesgo económico propio de quien realiza compras en firme y vende, corriendo con el riesgo económico de la operación<sup>(43)</sup>. Y que es la resolución, y no otra causa, la que le priva de ese valor

(42) Ya desde que ULMER, P. publicara la obra *Der Vertragshändler* en 1969 opera esta distinción que se aplica de manera uniforme en la jurisprudencia germana.

(43) ULMER, *Der Vertragshändler...*, págs. 452 y ss.

económico obtenido con su esfuerzo, cosa que no ocurre con la contraparte que promueve la resolución o se beneficia con la misma.

Y, dando un paso atrás, quisiera recordar igualmente que cuando se valoran los daños en un contrato de distribución, conceptos como las inversiones pendientes de amortización, los gastos de desinversión o el stock sobrante sin destino comercial son igualmente conceptos económicos que integran la partida indemnizable. En el caso del cómputo del daño por indemnización, en principio, y volviendo a nuestra teoría de contratos, se debería indemnizar todo el daño que se demuestre y aquí el elenco de partidas económicas que se utilizan es amplio y comprende conceptos como las obligaciones impagadas, los daños causados y compensados a terceros por causa imputable al incumplidor, las inversiones específicas no amortizadas, los gastos de desinversión o adaptación del local, los sobrantes de almacén, los gastos laborales derivados de la resolución y posible adaptación de la plantilla, etc. Raramente se discute la legitimidad de estas partidas en el caso de indemnización por incumplimiento. Sin embargo a nadie se le escapa que la indemnizabilidad de estas mismas partidas en otros supuestos como el caso de la resolución *ad nutum* en los contratos a tiempo indeterminado es mucho más contestada y ha dado lugar a una polémica bien definida, fundamentalmente sobre el tratamiento de las inversiones específicas y del stock sobrante. A continuación veremos que debería integrar dichas partidas (sus criterios de valoración) pero ahora quisiera descartar el argumento de que la libre resolución *ad nutum* es una resolución sin causa y además, una resolución sin coste. En efecto nuestros tribunales han reconocido ya desde la primera sentencia de 14 de febrero de 1974 la facultad de libre solución sin necesidad de causa justificada, pero igualmente han dejado claro que dicha facultad se debía ejercer «sin perjuicio de las consecuencias, especialmente las indemnizatorias, derivadas del posible ejercicio abusivo o inoportuno de la misma». Es decir, una cosa es resolución sin causa y otra muy distinta es sin coste. Si se me permite el símil, al igual que en el matrimonio, la decisión del divorcio es libre pero a nadie se le escapa que dicha decisión puede implicar afrontar responsabilidades económicas derivadas del cese de la convivencia... No puede alegarse que no existe una resolución libre porque se obligue a afrontar las consecuencias económicas de la misma ya que una cosa es la libertad y otra la irresponsabilidad.

Y dicho esto creo que no resulta tan difícil identificar los supuestos en los que se puede dar lugar a indemnización o a compensación:

— Se indemnizará daño emergente y lucro cesante (clientela) en los casos de resolución por incumplimiento (Art. 1.101 y ss. CC, en especial 1124 CC).

— Existirá daño consistente en inversiones no amortizadas: en el contrato a tiempo determinado cuando el contrato se resuelva anticipadamente o no se otorgue plazo suficiente para dicha amortización por causa no imputable al rescindido. No así, sin embargo, cuando exista justa causa de resolución imputable al distribuidor rescindido. En los contratos a tiempo indefinido, existirá daño por inversiones no amortizadas cuando en el ejercicio de la libre resolución *ad nutum* se acorte el plazo de la escala de amortización impidiendo la misma en términos razonables. Nuevamente, contando con que no exista causa imputable al distribuidor rescindido que justifique la resolución y el riesgo económico de la misma (por ejemplo su incumplimiento).

— La clientela; si no se paga como indemnización, sólo se compensará cuando el distribuidor que la reclame demuestre que efectivamente el valor existe, que su existencia le es



atribuible en todo o en parte y que dicho valor se traspaasa al proveedor por efecto de la terminación<sup>(44)</sup>. Y sólo en este caso.

## 2.2. Valoración de las partidas indemnizables o compensables

Cuestión distinta, una vez constatada la causa de indemnización o de compensación, es cómo se han de valorar las partidas indemnizables o compensables. Esto dista de ser una mera cuestión de hecho valorable por la instancia como en ocasiones se sostiene, ya que las partidas pueden ser valoradas de formas muy diversas atendiendo a los criterios jurídicos que rijan la operación. Puesto que la polémica se entra casi en exclusiva (y a mi juicio equivocadamente)<sup>(45)</sup> en las indemnizaciones o compensaciones a favor del distribuidor nos centraremos en dicho supuesto. Y puesto que la polémica se centra igualmente en las partidas de las inversiones específicas, stock sobrante y clientela nos ceñiremos ahora a lo citados casos.

Las **inversiones específicas** como su propio nombre indica deberían ser exclusivamente las inversiones no genéricas y nunca las ya amortizadas. Sólo aquellas inversiones que obedecen al requerimiento del mandante empresario principal deberían recibir tal consideración, pues el distribuidor es un empresario independiente que articula su empresa y sus recursos propios con libertad y tras la resolución continúa en poder de los mismos y puede utilizarlos libremente<sup>(46)</sup>. Esto no ocurre precisamente con las inversiones que obedecen al interés y/o mandato de un proveedor concreto para la implantación de su política de marca o su método operativo específico y que fuera de dicha relación comercial no tienen un destino o una posibilidad de reutilización para destinos alternativos. Del mismo modo, determinadas inversiones pueden obedecer a los requerimientos del proveedor pero si han sido debidamente amortizadas en períodos anteriores o habrían debido serlo conforme a una dinámica comercial ordinaria no deberían integrar esta partida. El principal argumento que se utiliza contra la compensación de la inversión específica es que (ahora sí), ya que tratamos con empresarios independientes es responsabilidad del distribuidor efectuar sus propias escalas y planes de amortización y que en esto el proveedor carece de responsabilidad. El argumento, aparte de desconocer voluntariamente la mecánica de la contratación, obvia que tratamos con inversiones requeridas expresamente por el proveedor, inducidas por el mismo y que sólo obedecen a su interés. Por poner un ejemplo, para vender coches probablemente no sea necesaria una nave con cúpula de cristal que cuesta un millón de euros o una fachada con un revestimiento especial que cuesta más de 200.000, pero lo cierto es que algunas marcas han efectuado (lícitamente) requerimientos en este sentido como parte de su política de imagen y método operativo. La idea de que el proveedor se limita a contemplar el plan propuesto por el distribuidor y a aprobarlo o dar su opinión no es coherente tampoco con el hecho de que es el proveedor quien suele fijar el plazo del contrato y con ello condiciona la efectividad real del posible plan de amortización.

En este sentido también hay que abordar la cuestión del stock sobrante como una inversión debida por el deber establecido de realizar compras mínimas o de mantener un stock de

(44) Extensamente, véase TAPIA SÁNCHEZ, R., «Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto de la indemnización por clientela en los contratos de distribución» en ECHEBARRÍA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, A. J. (Dir), *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, Madrid, La Ley, 2011, págs. 303-319.

(45) Este no es el momento de introducir el tema pero creo que es necesario un tratamiento igualmente claro de las consecuencias del incumplimiento del distribuidor y sus consecuencias respecto al proveedor y en su caso respecto a otros posibles distribuidores integrados en la red de distribución en las relaciones horizontales de la misma...

(46) Sobre la problemática de las inversiones específicas, ECHEBARRÍA, *El contrato de franquicia...*, págs. 521 y ss.

piezas de repuesto para el sostenimiento de la asistencia o de la comercialización regular en el sistema. Pero nuevamente, con las limitaciones que le son propias. Es decir, excluyendo a los materiales obsoletos y deteriorados sin valor comercial que debieron ser amortizados, y que son material de liquidación o saldo. Deberían incluir la partida igualmente, aquellos productos de marca que conforme al contrato no deberían ser comercializados fuera del sistema por afección a la marca e imagen del sistema o a la calidad de la prestación, ya que careciendo del amparo contractual no deberían ser comercializadas con pérdida de valor. En cuanto a la valoración propiamente dicha, esta debiera referirse al valor de facturación en la adquisición. La recompra de los materiales citados deducidos las posibles pérdidas de valor por pérdida de embalaje o conceptos similares, deberían ser una fórmula de minoración de la indemnización o de pago alternativo de la misma a elección del proveedor.

La clientela: O capitalización estimada del fondo de comercio cuyo disfrute se pierde como consecuencia de la terminación, resulta más difícil de valorar. Partimos del hecho de que existe el concepto indemnizable, es decir, que debido a la actividad del distribuidor se hayan creado o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente y sea razonable presumir que dicha clientela seguirá produciendo ventajas sustanciales al proveedor tras la ruptura. En los casos en los que la clientela se pierde totalmente tras la terminación para ambas partes, entiendo que sólo cabría indemnizar el valor si la ruptura fuera imputable al proveedor, en atención a que en estos casos la ley opta por sancionar el incumplimiento (Art. 1124 CC). Pero por contraste, en los casos de posible compensación, si se demostrara que la terminación supone la pérdida total del fondo de comercio para ambas partes faltaría el supuesto de hecho de la compensación<sup>(47)</sup>. Partiendo de este dato, se debería estimar el alcance real de la partida valorando las posibilidades de que se produzca el traspaso de valor al proveedor y para ello resulta útil ponderar aspectos como la existencia de pactos de no competencia, la cesión o comunicación de listados de clientela y la previsible vinculación de la misma a las marcas, imagen o método operativo del proveedor. Y a sentido contrario, deducir la posible aportación de clientela por el proveedor o por distribuidores anteriores. En esta labor, además, no estamos huérfanos de criterios legales pues nuestras normas de contabilidad introducen criterios en la capitalización de los fondos de comercio que sin son válidos para el plan General Contable no tienen porque no serlo en este supuesto. El primero de ellos es que el fondo de comercio no es un valor estable y sin la debida labor promocional su fidelización es un valor decreciente y limitado en el tiempo. Es por ello que nuestras normas contables no toman en consideración cálculos basados en actividades anteriores a los cinco últimos años ni prorratan las capitalizaciones en horizontes futuros superiores a los cinco años<sup>(48)</sup>. Otros factores son igualmente de necesaria consideración, como el carácter exclusivo o no de la actividad comercial vinculada con el proveedor, la existencia de ingresos extraordinarios como las subvenciones o ventas de inmuebles, o todavía más obvio, las previsiones sobre evolución de las ventas del sector en el mercado.

(47) Idem TAPIA SÁNCHEZ, R., «Aportación de nuevos clientes... en ECHEBARRÍA/VIERA (Dir) *Distribución comercial...*, págs. 317 y ss.

(48) El fondo de comercio recibe tratamiento legal en el Plan General Contable (RD 1514/2007 de 16 de noviembre y 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas) y en su modificación por Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad. Recientes desarrollos de estas normas se centran precisamente en el valor de transmisión del fondo de comercio.

El término de referencia contable es otro problema a considerar; Muchas sentencias a la hora de fijar la indemnización por clientela han tomado como referencia el beneficio bruto del distribuidor<sup>(49)</sup>, mientras que otras toman el beneficio neto (capitalización total del beneficio) y por último las hay que toman como referencia la cifra de negocios o el valor total facturado por el distribuidor (art. 25.5 PLCD). A mi juicio las tres posiciones son erróneas. El beneficio bruto puesto que no considera los costes deducibles propios de la actividad, los posibles ingresos extraordinarios o los derivados de actividades concurrentes y por ello nos da una cifra de referencia no ajustada al rendimiento real del fondo de comercio, la cifra total de negocios porque toma como referencia un índice que todavía se aleja más del rendimiento efectivo del fondo de comercio, mientras que el beneficio neto, más ajustado a la realidad del caso enjuiciado, debería ser expurgado de los ingresos extraordinarios o no relacionados con la actividad (por ejemplo ventas de inmuebles, posibles subvenciones, ventas de marcas alternativas, etc.) e integrado con las posibles inversiones extraordinarias que se puedan haber producido en el período de valoración, y en especial, las inducidas por el propio proveedor, ya que su existencia minora el beneficio del ejercicio y falsea el índice de rentabilidad del fondo de comercio. En síntesis, que debería hacerse una ponderación de las cuentas de pérdidas y ganancias previa expurgación de los conceptos que falsean el índice de rendimiento anual del fondo de comercio que se piensa capitalizar<sup>(50)</sup>. En concreto, yo abogaría por un cálculo del beneficio medio corregido, menos el neto patrimonial por el interés medio propio del sector productivo, corregido por un coeficiente de deflación y limitado al período temporal señalado con el máximo de cinco años<sup>(51)</sup>.

### 2.3. Exclusiones

Todavía una vez considerada la posible indemnización o compensación se debería valorar si existe algún criterio de exclusión. El más obvio de ellos es el incumplimiento del distribuidor, ya que en este caso le son imputables las consecuencias económicas de la terminación. Pero también en aquellos casos en los que concurre el mismo deber de soportar el riesgo, como el abandono voluntario anticipado del contrato sin causa justificativa, cuando la posición contractual es cedida a un tercero, que presumiblemente abonará el valor del fondo de comercio entre los pagos por la subrogación, o en aquellos casos en los que quien previsiblemente continuará en el disfrute del valor del fondo de comercio no es el proveedor, sino el distribuidor. Situación que se da ante un proveedor en origen o en situación de dependencia, respecto al comprador único o grupo de compradores coordinados, cuando sea éste o éstos quienes prescindan voluntariamente del suministro por sustitución del proveedor. Sería paradójico que estos suministradores en origen de la cadena mayorista terminaran compensando a las grandes centrales de compra por aplicación analógica, extensiva o por mala definición de una norma pensada para el ámbito de la distribución minorista (Art. 28.3 APLCD, no así en el art. 25 in fine del PLCD).

## VI. OTRAS CUESTIONES: REDES DE SEGUNDO NIVEL, JURISDICCIÓN...

Para terminar, quedan muchas cuestiones que se podrían traer a esta discusión y que ahora, por motivos editoriales, resulta imposible introducir en un artículo limitado como este. Dejo

(49) STS 26 abril 2002. SAP Barcelona 5 julio 2000,

(50) El tema es complejo y requiere argumentación más fina. Véase ECHEBARRÍA SÁENZ, *El contrato de franquicia...*, págs. 555 y ss. en especial 563-a 575.

(51)  $I = BFc - (\text{Net Patr.} \times i) \times N$  siendo la indemnización equivalente al beneficio medio corregido menos el neto patrimonial por el interés de rentabilidad del sector o en su defecto el interés de descuento del Banco de España en el período computable. ECHEBARRÍA SÁENZ, *El contrato de franquicia...*, págs. 569-574.

apuntadas sólo cuestiones como la necesidad de abordar el tratamiento de las redes de segundo nivel, siquiera para establecer una norma de coordinación temporal entre los periodos contractuales o para valorar si existen casos de responsabilidad conjunta entre la empresa matriz y el distribuidor de primer nivel (por ejemplo: master franquicia) frente al distribuidor de segundo nivel. Qué decir del clamor existente entre los profesionales del Derecho para que se unifique la jurisdicción de los contratos de distribución ahora repartidos, muchas veces como el niño de Salomón, entre la jurisdicción civil y de lo comercial.<sup>(52)</sup> O porqué no considerar el efecto que tiene la existencia de una red en los casos de concurso; acaso es lo mismo abordar el concurso de una pequeña empresa de 30 trabajadores, aun con volumen de facturación elevado, que si esa pequeña empresa resulta ser la cabeza de un grupo de franquicia con más de 275 establecimientos y afección a varios cientos de trabajadores, que caerán en cadena si su convenio no es aprobado. ¿Hasta qué punto es viable un convenio concursal de un franquiciador si su red de franquicia no lo suscribe o apoya? etc.

Concluyo solicitando públicamente que lo que se haga a partir de enero de 2012, se haga respetando unos mínimos de coherencia y sistematización. Y manifestando mi convicción de que sí resulta necesario hacer algo en lo tocante a la regulación de los contratos de distribución.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRIA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, J., (Dir), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010.
- ASÚA GONZÁLEZ, C., *La Culpa in Contrahendo, (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.
- BREL PEDREÑO, A, «Criterios jurisprudenciales de indemnización por clientela en la extinción de los contratos de distribución» en ECHEBARRÍA SÁENZ J. A. y VIERA GONZÁLEZ, A. J., (Dir) *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, Madrid, La Ley, 2011, Págs. 31-337.
- CARBAJO CASCÓN, F., «El contrato de distribución selectiva» en *Contratos mercantiles*, BERKOVITZ, R. (Dir) Aranzadi, 2009, págs. 839 y ss.
- DIDIER FERRIER, «Pre contractual information obligation. The Cour de cassation holds that the distributor can claim damages if the provider breaches its pre-contractual information obligation imposed by Article L. 330-3 of the Commercial code (*Phone pratique*)», en «*Concurrences*», n.º 2-2009, n.º9599.
- DIDIER FERRIER, «Franchising-Precontractual information. French courts of appeals pronounce on the content of informations transmitted according to Article L. 330-3 of the French commercial code» en *Concurrences*, n.º 4-2011, n.º 39711.
- DUSSART, C. y LION, P., «Ces impayables “Marges Arrière”», *Decisions Marketing*, n.º 41, 2006, págs. 91-96.
- ECHEBARRÍA SAENZ, J.A., *El contrato de franquicia, Definición y conflictos en las relaciones internas*, Madrid, McGraw-Hill, 1995

(52) Sobre el tema véase ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., «¿Es posible acumular ante un Tribunal de los Mercantil las acciones de indemnización consecuentes a la anulación de condiciones generales de la contratación en un contrato de distribución?», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 1, 2007, págs. 149-156.

- ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., «¿Es posible acumular ante un Tribunal de los Mercantil las acciones de indemnización consecuentes a la anulación de condiciones generales de la contratación en un contrato de distribución?» En *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 1, 2007, págs. 149-156.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, A. J., (Dir) *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, Madrid, La Ley, 2011.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «Duración de los contratos de distribución» en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, J., (Dir), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, págs. 537-583.
- ESTEVAN DE QUESADA, C., «El Abuso de dependencia económica en las redes de distribución» en RUIZ PERIS, J. I. (Dir), *Hacia un Derecho de redes empresariales*, Valencia Tirant Lo Blanch, 2010, págs.187-222.
- FUENTES NAHARRO, M., «La distribución selectiva y el formato de comercialización: la distribución *on line* y la infracción por demérito de marca» en *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, ECHEBARRÍA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, A. J., (Dir) Madrid, La Ley, 2011, págs. 379-412.
- GONZÁLEZ CASTILLA, F., «La aplicación del principio de relatividad de los contratos a las redes de distribución» en RUIZ PERIS, J. I. (Dir), *Hacia un Derecho de redes empresariales*, Valencia Tirant Lo Blanch, 2010, págs. 97-134.
- GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «Cuestiones de formación del contrato en la propuesta de anteproyecto de ley de contratos de distribución» en *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, J., (Dir), pág. 245-298.
- GORRIZ LÓPEZ, C., «Distribución comercial y Derecho de la competencia, (pasado, presente y futuro de la exención por categorías de losa cuerdos verticales)» en *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución*, n.º 6, 2010, págs. 37 y ss.
- GORRIZ LÓPEZ, C., *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Aranzadi, 2007, págs. 31 y ss.
- HOUZÉ, M. P., *Bilan de la réforme de la loi Galland et perspectives d'évolution. Position de la CCIP*, Chambre de Commerce et Industrie de Paris, 2007
- Informe «Bilan de la réforme de la loi Galland et perspectives d'évolution. Position de la CCIP» 21 junio 2007, (informe Philippe Houzé)
- Informe Assemblée Nationale n.º 2319, 4 avril 2000, (Informe Jean-Yves Le Déaut)
- Informe, «Reforme de Loi Galland sur les conditions de negociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs», Comisión Ganivet 7 octubre 2004, (Informe Ganivet) Cámara de Comercio e Industria de Paris
- MARTÍ MIRAVALLS, J., «Anulabilidad por ausencia de falta de veracidad o insuficiencia de información precontractual en el contrato de franquicia: SAP Barcelona 21 septiembre 2004» en *RDM*, n.º 256, 2005, págs. 865-883.

- MARTÍ MIRAVALLS, J., «El régimen de nulidad del contrato de franquicia», *Cef Legal, Revista Práctica de Derecho*, n.º 72, 2007.
- MARTÍ MIRAVALLS, J., «Las restricciones accesorias necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia», [http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED\\_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DÍGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/MONOGRAFICO%20PREMIOS%20GARCIA%20GOYENA%206/2\\_SEGUNDO%20PREMIO.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DÍGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/MONOGRAFICO%20PREMIOS%20GARCIA%20GOYENA%206/2_SEGUNDO%20PREMIO.PDF)
- MARTÍNEZ SANZ, F., «La indemnización por clientela de los distribuidores» en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, J., (Dir), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, págs. 587-599.
- MCCAULAY, S., *Law and the balance of power, the automobile manufacturers and their dialers*, New York, 1966,
- MIRANDA SERRANO, L. M., «Las subastas con precio de reserva ante el derecho de la competencia. Reflexiones al hilo de una jurisprudencia reciente» en *RDM*, n.º 277, 2010, págs. 993-1050.
- MORO VISCONTI, R., *La governance nei gruppi e nelle retti di imprese; conflitti fra stakeholders e diffusione di valore*, Etas, 2001
- MUÑOZ PÉREZ, A. F., «El conflicto entre la distribución selectiva y el comercio paralelo» en *Los contratos de distribución*, ECHEBARRÍA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, A. J., (Dir) Madrid,. La Ley, 2010, págs. 689-745.
- PARDOLESI, R., *I contratti di distribuzione*, Jovene Napoli, 1979.
- PERALES VISCASILLAS, P., «Formación del contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución» en *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRIA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, J., (Dir), págs. 299-350.
- RUIZ MUÑOZ, M., «Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial)» en *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRIA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, J., (Dir), págs.351-425.
- RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J., «La reforma del régimen de transparencia en materia de franquicia: un paso adelante y una ocasión perdida», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 262, 2006.
- RUIZ PERIS; J. I. (Dir), *Hacia un Derecho de redes empresariales*, Valencia Tirant Lo Blanch, 2010.
- SACRISTÁN BERGIA, F., «Tratos preliminares y contratos de distribución» en *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRIA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, J., (Dir), págs. 427-451.
- TAPIA SÁNCHEZ, R., «La extinción de los contratos de distribución y agencia como presupuesto de la indemnización por clientela» en ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, J., (Dir), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, págs. 601-650.

TAPIA SÁNCHEZ, R., «Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto de la indemnización por clientela en los contratos de distribución» en ECHEBARRÍA SÁENZ, J. y VIERA GONZÁLEZ, A. J., (Dir) *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, Madrid, La Ley, 2011, págs. 303-319.

ULMER, P., *Der Vertagshändler, Tatsachen und Rechtsfragen kaufmanischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren*, München, 1969.

VAUGHN, C., *Franchising Its Nature, scope advantages and developmen*, Lexington, Massachusetts, 1982.

WISH, R., *Competition Law*, Oxford, 2004.