



Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**
Repositorio Institucional



Alonso Soto, Ricardo. La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1163-1175. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21047>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA REGULACIÓN PROYECTADA DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

RICARDO ALONSO SOTO*

Resumen

El trabajo presenta los criterios seguidos por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia para elaborar unas normas reguladoras de los contratos de distribución, entre los que destacan: La necesidad de la regulación. La forma de regular. El carácter imperativo o dispositivo de las normas. Asimismo analiza las principales características de la regulación proyectada, el ámbito de aplicación de las normas (tipos de contratos incluidos: compra y venta en exclusiva, distribución selectiva y franquicia), el contenido contractual básico para todos los tipos contractuales y algunas normas específicas para cada uno de ellos, la extinción de los contratos, que incluye el tema de la indemnización por clientela y la aplicación de la normativa de la competencia.

Contenido

1. Introducción. – 2. Cuestiones preliminares que se plantean al elaborar una regulación de los contratos de distribución comercial. – 2.1. La necesidad de la regulación. – 2.2. La forma y el alcance de la regulación. – 2.3. El carácter imperativo o dispositivo de las normas. – 2.4. La oportunidad de la definición de los diferentes tipos contractuales. – 3. Características generales de la regulación proyectada. – 4. Ámbito de aplicación de las normas. – 4.1. Contratos incluidos. – 4.2. Exclusiones. – 5. Contenido de la regulación contractual. – 5.1. Planteamiento general. – 5.2. Cuestiones básicas en materia de regulación común. – 5.3. Normas específicas para algunas modalidades contractuales. – 6. Extinción de los contratos de distribución. – 6.1. Denuncia unilateral del contrato. – 6.2. Indemnización por clientela. – 6.3. Indemnización por inversiones. – 7. La aplicación del derecho de la competencia.

* Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid y Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

1. INTRODUCCIÓN

La Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, en cumplimiento del encargo realizado por el Ministro de Justicia en el año 2006, ha elaborado una Propuesta de Código Mercantil que incluye una regulación de los contratos de distribución.

Se trata de un nuevo intento de dotar a esta modalidad contractual de una regulación positiva, dando así cumplimiento al mandato contenido en la Disposición Adicional Undécima de la Ley 7/1996 de ordenación del comercio minorista y en la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/1992, de contrato de agencia, introducida por la Ley 2/2011 de economía sostenible¹.

En la Propuesta de Código Mercantil, la regulación de los contratos de distribución se encuadra sistemáticamente en el capítulo referido a los contratos de colaboración, perteneciente al Libro V que trata “de los contratos mercantiles en particular”. Los contratos de distribución comercial se presentan, por tanto, como una de las principales modalidades de los contratos de colaboración entre empresarios, que, por esta razón, es objeto de una regulación singular. Por otra parte, hay que señalar que, bajo la rúbrica de contratos de colaboración, se regulan también los contratos de comisión, agencia, mediación, participación (actualmente cuentas en participación) y estimatorio.

La finalidad pretendida por este trabajo es exponer los principios y criterios en los que se ha basado la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación al elaborar la regulación específica de los contratos de distribución comercial. No se abordan ni se analizan, por tanto, otras normas contenidas en la Propuesta de Código Mercantil que afectan y complementan la regulación de los contratos de distribución, tales como las relativas a las obligaciones mercantiles y contratos en general, las condiciones generales de la contratación o la contratación electrónica, que indudablemente habrán de ser también tenidas en cuenta para tener una visión completa de la regulación que se propone.

2. CUESTIONES PRELIMINARES QUE SE PLANTEAN AL ELABORAR UNA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

Al abordar la regulación de esta modalidad contractual se plantean una serie de cuestiones tales como las relativas a la necesidad de la regulación, la forma y el alcance de la regulación, el carácter imperativo o dispositivo de las normas, la oportunidad de la definición de las distintas figuras o tipos contractuales en materia de distribución comercial y la opción por una regulación de tipo general omnicomprensiva de los distintos tipos contractuales o una regulación específica para cada uno de ellos.

2.1. La necesidad de la regulación

La primera de las cuestiones que se plantean se refiere a la necesidad o a la conveniencia de una regulación de los contratos de distribución.

A estos efectos hay que tener presentes dos factores fundamentales: la importancia que tiene el sector de la distribución comercial para el funcionamiento de los mercados, más aún si tenemos en cuenta el fenómeno de la globalización o de la internacionalización de los mercados, una de cuyas consecuencias es reforzar los sistemas de distribución para poder atender a esos mercados globalizados; y el hecho de que, a medida que se desarrolla la actividad económica, las cuestiones relativas a la distribución van adquiriendo un mayor grado de complejidad, al ser necesario por parte de los proveedores el confiar la distribución a empresarios independientes que se integran en unas redes de distribución creadas aquéllos y, por parte, de los distribuidores la exigencia de una mayor especialización en el desarrollo de los procesos de venta y de atención al cliente, así como de su integración en las redes citadas. Sin embargo, pese a los factores aludidos y el peso del sector en la economía, las relaciones contractuales entre proveedores y distribuidores carecen de una normativa específica que las regule. En efecto, desde la óptica del Derecho privado esta materia está completamente huérfana de regulación. La única regulación existente la encontramos en la normativa de ordenación del comercio por parte de las Comunidades Autónomas y en el Derecho de la competencia, en el que ha habido una regulación por parte del Derecho comunitario europeo desde hace muchos años, regulación que se ha incorporado al ordenamiento jurídico español como consecuencia de nuestra incorporación a la Comunidad Económica Europea².

Esta carencia de regulación produce el efecto de multiplicar y agravar los conflictos existentes entre proveedores y distribuidores, especialmente en cuanto a la aplicación y a la terminación de los contratos de distribución, que suele ser el punto más conflictivo. También conviene poner de relieve la importancia de la fase inicial o la negociación previa a la conclusión del contrato porque gran parte de los problemas planteados por los contratos de distribución provienen de la existencia de lagunas o fallos en el proceso de formación o configuración de estos contratos.

Desde un punto de vista general, pueden invocarse a favor de la regulación los siguientes argumentos: En primer lugar, la importancia del sector de la distribución comercial en el contexto de la economía española. En segundo lugar, la ausencia de contratos que revistan la forma escrita, ya que lo habitual en nuestro país es la oralidad, o la propuesta de pactos o condiciones en cartas comerciales o correos electrónicos, así como el hecho de que, cuando existen contratos escritos, ofrecen un escaso desarrollo en cuanto a su contenido y no establecen reglas claras sobre los principales problemas que plantea este tipo de contratación tales como los temas relativos a los incumplimientos contractuales, la extinción del contrato, las indemnizaciones por inversiones o por clientela al término del contrato o los pactos de exclusividad y no competencia. En tercer lugar, la falta de claridad y certeza sobre la regulación supletoria aplicable en defecto de pactos expresos. Y, finalmente, la gran litigiosidad que se deriva de la ejecución de estos contratos, la cual, sin duda, resulta incrementada por la falta de certidumbre sobre la legislación aplicable y la inseguridad jurídica que genera la

variabilidad y dispersión de la jurisprudencia, que no ha sido corregida por una actitud firme y constante del Tribunal Supremo en su labor de unificación de la doctrina sobre esta modalidad contractual, quizá debido a su complejidad tipológica.

En contra de la regulación se aducen principalmente, de un lado, la dinamicidad y la rápida evolución del sector, que constantemente está generando nuevas figuras de distribución comercial y nuevas reglas aplicables a las distintas modalidades contractuales y, de otro, la heterogeneidad de la actividad y de la estructura sectorial, ya que, por poner un ejemplo, no es lo mismo el funcionamiento de las relaciones comerciales o contractuales de distribución en el sector de la alimentación (fabricantes o proveedores y supermercados, hipermercados, grandes almacenes, *cash and carry* o tiendas tradicionales), en el sector de la automoción (fabricantes, importadores y concesionarios) o en el sector farmacéutico (laboratorios, centrales de compras y farmacias), lo que puede motivar que la regulación adecuada para un sector no sea la apropiada para otro. La conjunción de todos estos factores puede producir, además, un efecto importante y digno de consideración cual es el hecho de que cuando por fin se logra la promulgación de una ley de contratos de distribución comercial, la regulación contenida en la misma sea obsoleta y no responda a las necesidades del momento.

2.2. Forma de regular

En relación con la forma de regular, la discusión se plantea en torno a si resulta conveniente una regulación *ex ante*, que determine el marco normativo en el que se desarrollan los contratos de distribución comercial y su alcance y contenido, para que los operadores económicos dispongan de unos criterios a los que ajustar sus estrategias contractuales o una regulación *ex post*, que, dejando en libertad a las partes para regular sus relaciones comerciales, someta los problemas de los desequilibrios de poder existentes entre las partes a la legislación vigente en materia de condiciones generales de los contratos (Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación), de competencia desleal por discriminación o explotación de la situación de dependencia económica en la que se encuentra alguna empresa en relación con sus proveedores o sus clientes (Ley 3/1991, de competencia desleal) y de prácticas restrictivas de la competencia (Ley 15/2007, de defensa de la competencia).

La Propuesta de Código Mercantil, dado su carácter omnicompreensivo de la regulación de la materia mercantil, ha optado por una integración de las dos modalidades, estableciendo, de un lado, unas normas singulares sobre contratos de distribución que puedan orientar las decisiones de los operadores del mercado y posibilitando, de otro, que los desequilibrios contractuales y los comportamientos anticompetitivos encuentren remedio en la normativa específica sobre estas materias.

2.3. Carácter imperativo o dispositivo de las normas

En relación con este tema, el debate se centra en determinar si se debe atribuir a las normas reguladoras de los contratos de distribución comercial un carácter dispositivo o imperativo. Las normas imperativas chocan frontalmente con el principio de libertad

contractual que rige en el ámbito del derecho de obligaciones y contratos mercantiles, de modo que la opción por una regulación de tal naturaleza debe ser excepcional y debe justificarse en base a criterios de interés general o de equidad, como podrían ser la existencia de un gran desequilibrio de poder entre las partes que intervienen en el contrato y la necesidad de tutela de la parte más débil. No hay que olvidar a este respecto que, en el mundo de la distribución comercial, la parte más débil de la relación contractual unas veces es el distribuidor (por ejemplo, en el caso de la relación existente entre el fabricante de un producto de marca reconocida y el comerciante minorista que vende dicho producto o de la relación entre el franquiciador y el franquiciado) y otras el proveedor (por ejemplo, en el caso de la relación existente entre un pequeño fabricante o un fabricante de marca blanca y un empresario perteneciente al sector de la gran distribución comercial, como podría ser una cadena de grandes almacenes o de hipermercados y supermercados). Las normas dispositivas, más propias del derecho mercantil, presentan una mayor flexibilidad al dar un mayor peso a la autonomía de la voluntad al establecer el régimen contractual, pero tienen el inconveniente de no resolver los problemas derivados de los desequilibrios de poder entre las partes, aunque solucionan la cuestión de clarificar las normas de derecho supletorio que se aplican en defecto de pacto expreso.

Frente a este dilema, la Propuesta de Código Mercantil, a diferencia de lo que sucedía con los Anteproyectos de Ley anteriores, ha optado claramente en esta materia por dotar a las normas reguladoras de los contratos de distribución de un carácter meramente dispositivo, al igual que lo hace con carácter general para todos los contratos mercantiles³. Se trata, por consiguiente, de normas que no tienen carácter obligatorio y que no se imponen a los contratantes, sino que operan simplemente con carácter supletorio en defecto de pacto contractual expreso.

2.4.- Definición de los diferentes tipos contractuales

A la hora de determinar el contenido esencial de una ley reguladora de los contratos de distribución comercial surge como prioritario objeto de debate la cuestión de si la regulación debe definir los diferentes tipos de contratos de distribución existentes en la práctica y, en consecuencia, deben establecerse reglas específicas para cada uno de ellos o, por el contrario, debe omitir toda mención de los mismos y limitarse a una regulación general común para todos ellos. Frente a estas alternativas cabe también una posición intermedia consistente en establecer en la ley una enumeración conceptual y abierta de los principales tipos contractuales que están operativos en el sector y una regulación general aplicable a todos ellos, sin perjuicio de la incorporación de alguna norma específica sobre determinadas peculiaridades que presentan algunas de sus modalidades.

Existen corrientes de opinión que consideran que no tiene sentido definir las distintas modalidades contractuales cuando se trata de un sector muy dinámico y en constante evolución, y advierten, en consecuencia, que su incorporación a un texto legislativo encierra el peligro de su rápida obsolescencia. Frente a esta posición se puede decir que hay algunos tipos de contratos que están presentes en casi todos los

mercados, gozan de buena salud y puede predecirse con bastante certeza que seguirán vigentes al menos en el corto y medio plazo.

Por otra parte, puede apreciarse que, en la práctica, existe una gran confusión conceptual en cuanto a la caracterización tipológica de las diferentes modalidades de contratos de distribución, la cual está planteando grandes problemas en relación con la ejecución e interpretación de los mismos, fundamentalmente cuando los tipos contractuales vienen impuestos o son utilizados por operadores económicos extranjeros, de modo que puede resultar eficiente el establecimiento, aunque sea por razones puramente didácticas, de una definición de las principales modalidades utilizadas en la actualidad.

Tomando partido sobre esta polémica, la Propuesta de Código Mercantil contempla a estos efectos los siguientes tipos básicos de contratos de distribución: (i) La venta o distribución exclusiva; (ii) La compra o suministro en exclusiva; (iii) La distribución selectiva; y (iv) La franquicia. Esta enumeración no debería ser excluyente sino abierta y por ello debe recoger también las denominaciones que se dan en la práctica a algunas de estas modalidades contractuales como puede ser el caso de la concesión en el contexto de la venta en exclusiva o de la distribución autorizada en el contexto de la distribución selectiva.

El primero de los tipos básicos es el **contrato de compra en exclusiva o de suministro en exclusiva** que es aquél por el que el distribuidor, a cambio de algunas contraprestaciones especiales, se obliga a adquirir determinados bienes o servicios solamente a un proveedor o a otras personas que ese proveedor designe (art. 543.2 a). En la compra en exclusiva la obligación de exclusividad la tiene el comprador no el suministrador.

El segundo de los tipos sería **la venta en exclusiva**, que es justamente la figura contraria a la compra en exclusiva. En la venta en exclusiva el proveedor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes o servicios especificados en el contrato para su comercialización con carácter general dentro de dicha zona o su reventa a un grupo determinado de clientes (art. 543.2 b). La exclusividad recae, en este caso, en el proveedor o en el fabricante, que se obliga a vender sus productos a un único distribuidor en un determinado territorio, de modo que dichos productos sólo se distribuirán en ese territorio a través de un distribuidor exclusivo.

El tercero de estos tipos sería la **distribución selectiva**, entendida como aquella modalidad de distribución en la que el proveedor se obliga a vender los bienes objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él en atención a circunstancias objetivas, mientras que el distribuidor seleccionado se compromete a revenderlos a consumidores finales respetando las instrucciones del proveedor y prestando asistencia técnica a los compradores (art. 543.2 d). La distribución selectiva no se puede aplicar a todo tipo de productos, sino sólo a aquellos que precisan asistencia técnica en el momento de la venta o un servicio técnico postventa que permita su correcto mantenimiento o reparación y a los productos de lujo. También es una característica de la distribución selectiva el hecho de que los productos objeto de la misma se vendan conjuntamente con otros productos de la misma naturaleza. Hay que

tener en cuenta a este respecto que para que haya selectividad no es esencial la exclusividad.

El cuarto de los tipos básicos de los contratos de distribución es el **contrato de franquicia**, que es aquél por el que el franquiciador cede al franquiciado el derecho a explotar un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo los signos distintivos y la asistencia técnica del franquiciador, a cambio del pago de una compensación económica (canon), y del compromiso de ajustarse a las pautas de actuación establecidas (art. 543.2 f). Las franquicias pueden ser fundamentalmente comerciales, industriales, de productos y de servicios. La franquicia comercial sería, como hemos señalado con anterioridad, la única que entraría dentro del ámbito de aplicación de esa norma.

La Propuesta de Código Mercantil enumera también otras dos modalidades contractuales: la distribución autorizada y la concesión. En la **distribución autorizada** el proveedor se obliga a suministrar al distribuidor bienes o servicios para que éste los comercialice directamente o a través de su propia red, como distribuidor oficial, en un territorio determinado (art. 543.2 c). En consecuencia, la distribución autorizada se puede fácilmente reconducir a algunas de las otras figuras que acabamos de comentar, fundamentalmente a la de distribución selectiva. Y en la **concesión**, terminología muy extendida en la práctica, el distribuidor pone su establecimiento al servicio de un proveedor para comercializar, en régimen de exclusividad y bajo las directrices y supervisión del proveedor, bienes o servicios en una zona geográfica determinada (art. 543.2 e). La concesión se puede asimilar perfectamente a los contratos de venta en exclusiva. Desde un punto de vista técnico, la diferencia de la venta en exclusiva y la concesión simplemente está en el grado de integración que se produce del distribuidor con respecto al proveedor o al fabricante, pero en lo demás realmente es una figura, sino idéntica, sí muy parecida.

Finalmente, hay que señalar a este respecto, que no hay que tener ningún temor a que las definiciones de las principales modalidades de contratos de distribución contenidas en una ley de contratos de distribución no coincidan con las que se establecen en algunas regulaciones especiales, como, por ejemplo, la legislación en materia de ordenación del comercio o en la normativa de competencia en materia de restricciones verticales, porque es tarea principal de las leyes mercantiles definir los tipos contractuales mercantiles con carácter general⁴.

3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA REGULACIÓN PROYECTADA

Las principales características de la regulación de los contratos de distribución contenida en la Propuesta de Código Mercantil son las siguientes:

- a) Se trata de una regulación modesta, realista y básica, en el sentido de que trata fundamentalmente de dar una solución razonable a los problemas existentes que se presentan actualmente en la práctica, que se han dado en el pasado y que previsiblemente se darán también en el futuro y no de crear nuevos problemas o de resolver problemas artificiales o coyunturales relacionados con la crisis que

actualmente padecemos.

A este respecto se ha tratado de evitar el riesgo de la sobre-regulación, esto es, que la regulación proyectada no guarde proporción con los problemas detectados que trata de resolver, de que se oponga a las normas de defensa de la competencia y de que la propia norma pueda generar ineficiencias, lo que es bastante frecuente.

- b) Es, como ya se ha indicado, una regulación basada en el máximo respeto al principio de la autonomía de la voluntad, que es el que debe regir primordialmente las relaciones comerciales entre empresarios u operadores de mercado.
- c) Es una regulación neutra en el sentido de que procura un justo equilibrio de las relaciones contractuales entre las partes sin perseguir la tutela del distribuidor por influjo de la consideración de que es la parte débil de la relación contractual, la cual, como ya se ha indicado con anterioridad debe lograrse por otras vías jurídicas.
- d) No impone la formalización del contrato por escrito. En efecto, en materia de forma, no se establece que el contrato tenga que constar necesariamente por escrito para su eficacia o validez. Sin embargo, dada la situación existente en nuestro país, en el que, como ya se ha señalado con anterioridad, la gran mayoría de los contratos de distribución son verbales, resulta aconsejable establecer una disposición normativa que incite o incentive a las partes a utilizar la forma escrita, como el conceder a las partes el derecho a exigir la formalización por escrito y penalizar a aquella parte que se niegue a hacerlo, obligándola, en caso de conflicto, a probar que el contenido oral del contrato se desviaba de lo que establece la ley con carácter general para todos los contratos de distribución o para alguna de sus modalidades⁵.

4.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS

La Propuesta de Código Mercantil determina con bastante precisión el ámbito de aplicación de las normas sobre los contratos de distribución, tanto desde un punto de vista positivo, especificando a qué tipos de contratos se aplica, como desde un punto de vista negativo, señalando las figuras que quedan excluidas de esta regulación.

4.1. Contratos incluidos

La regulación proyectada se circunscribe a los contratos de distribución en sentido estricto, esto es, aquellos en que un proveedor o fabricante suministra de forma estable y continuada sus productos o servicios a un comerciante-distribuidor (operación de venta) para su comercialización (operación de reventa). En este sentido la Propuesta de Código Mercantil define el contrato de distribución como aquél por el que una de las partes, denominada distribuidor, que actúa como empresario independiente asumiendo el riesgo

de las operaciones en las que interviene, se obliga a adquirir de otra, denominada proveedor, bienes o servicios para su comercialización de manera duradera y estable (art. 543-1). Hay que recordar a este respecto que, como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, no es el nombre que las partes otorgan al contrato sino su contenido el que determina su naturaleza jurídica.

La única cuestión que queda abierta en relación con este punto es si la regulación debe resultar aplicable solamente a los contratos entre proveedores y distribuidores minoristas o entre comerciantes mayoristas y distribuidores minoristas o también a las relaciones contractuales entre proveedores y comerciantes mayoristas.

4.2. Exclusiones

Desde un punto de vista negativo, está claro que la normativa de referencia no debe aplicarse a aquellos contratos que tienen una naturaleza jurídica diferente a la de los contratos de distribución, como es el caso de la **agencia**, que cuenta además con una regulación específica de carácter imperativo; la **franquicia industrial**, que es aquel contrato que autoriza al franquiciado para fabricar productos sirviéndose de las patentes o los conocimientos técnicos (*know how*) del franquiciador, la cual se regirá por las normas relativas a la transferencia de tecnología; y la **logística**, porque se considera que es una actividad distinta de la actividad de distribución, aunque pueda ser complementaria de la misma y porque, dada la vinculación de esta actividad con el transporte, su regulación debe realizarse en el contexto de la normativa reguladora de este último contrato. También se excluyen los contratos de **comercialización de productos o servicios financieros**, por tener una regulación específica, y cualquier modalidad de distribución que comporte una **vinculación de naturaleza laboral** entre un proveedor y la persona que se encarga de distribuir sus productos (art. 543-3),

Resulta discutible, sin embargo, si deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de estas normas, los contratos que tiene por objeto la distribución de productos o servicios financieros o los contratos que se refieren al supuesto en el que la distribución se realiza por un empresario autónomo dependiente.

5. CONTENIDO DE LA REGULACIÓN CONTRACTUAL

5.1. Planteamiento general

En relación con la regulación del contenido de los contratos de distribución se planteó la cuestión de si la norma debería contener simplemente una recopilación de las obligaciones contractuales básicas aplicables a todos los tipos de contratos o establecer también normas específicas sobre las distintas modalidades contractuales. La propuesta de Código Mercantil se decanta por una combinación de las citadas alternativas, esto es, proceder a una regulación general de las obligaciones contractuales básicas que se completa con algunas disposiciones específicas para algunas modalidades contractuales.

5.2. Cuestiones básicas en materia de regulación común

Por lo que respecta a la regulación general del contenido del contrato, la Propuesta, en lugar de establecer un catálogo de obligaciones y derechos de las partes, establece unas pautas de comportamiento contractual de las mismas con base en la buena fe, que es la que debe regir la relación entre ellas, y deja a la autonomía de la voluntad la regulación del resto de las cuestiones atendiendo al caso concreto, con los límites marcados por la legislación en materia de condiciones generales de los contratos.

En cuanto a normas concretas, en la Propuesta de Código Mercantil se contienen las siguientes:

- a) Fase precontractual. A la hora de establecer una regulación de los contratos de distribución hay que poner especial énfasis en la fase precontractual, esto es, la fase anterior a la firma del contrato, que, desde nuestro punto de vista, es la fase más importante, pues es en ella donde se va a cerrar la negociación del contrato y se van a sentar las pautas de lo que será el posterior contenido del mismo e incluso los efectos jurídicos que desplegará en el momento de su resolución o extinción.

En este sentido, y ante la ausencia de una regulación general en esta materia, conviene regular el deber de información precontractual sobre el objeto del contrato, las características principales del sistema de distribución que utiliza el proveedor y su funcionamiento, así como las cuestiones relativas a la imposibilidad inicial y al error y sus consecuencias jurídicas, teniendo en cuenta que lo que debe primar a este respecto es el principio de la conservación del contrato frente a la nulidad del mismo (art. 543-4.1).

También se ha considerado necesario regular, con carácter supletorio, la obligación de confidencialidad que vincula a las partes durante esta fase (art. 543-4.3) y la responsabilidad específica de la parte contractual, que ha actuado de mala fe, en aquellos casos en los que el contrato se ha estado negociando durante un cierto tiempo y al final no se lleva a efecto porque dicha parte no he tenido nunca una verdadera intención de firmar el citado contrato (art. 543-4.5).

- b) Obligaciones y derechos de las partes. La regulación se limita a establecer las obligaciones básicas del proveedor, consistentes en suministrar al distribuidor la información comercial y técnica precisa para el desarrollo del negocio y mantener disponibles los productos para su entrega al distribuidor (art. 543-7), y del distribuidor, consistentes en mantener una organización empresarial suficiente y desarrollar una actividad adecuada, comercializar los productos respetando su marca y ajustándose al sistema de distribución establecido por el proveedor y llevar una contabilidad sobre la actividad relativa a la distribución (art. 543-8)

Asimismo se regulan: La forma de determinación de los objetivos comerciales y de los stocks, que deberá hacerse de mutuo acuerdo y, a falta de éste, a través de un arbitraje o peritaje independiente (art. 543-10). La actividad publicitaria del distribuidor, que deberá ser aprobada previamente por el proveedor (art. 543-12). La cesión del contrato por el distribuidor, que precisará

- el consentimiento del proveedor (art. 543-13.1). Y el nombramiento de agentes y colaboradores por el distribuidor (art. 543.12.2)
- c) Deterioro de la imagen de marca. Un aspecto novedoso de la regulación propuesta es el establecimiento de una norma que determina que, si el distribuidor aplica precios o realiza actuaciones que ocasionan un menoscabo de la imagen de la marca o del prestigio comercial del proveedor, éste podrá resolver el contrato (art. 543-11).
 - d) Independencia de las partes. También se clarifica la independencia de las partes a efectos de atribución de responsabilidades. Se pretende con ello precisar que el fabricante o proveedor y el distribuidor son empresas completamente independientes, que cada una debe asumir sus propias responsabilidades (especialmente en materia laboral y fiscal) y que no existe una responsabilidad solidaria entre ambos por el mero hecho de que el proveedor utilice un distribuidor para comercializar sus productos o servicios (art. 543-14).
 - e) Prescripción. Finalmente la Propuesta de Código Mercantil establece, con carácter general, un plazo de tres años para la prescripción de las acciones derivadas de las obligaciones mercantiles, aplicable a los contratos de distribución (art. 712-1)

5.3. Normas específicas para algunas modalidades contractuales

En cuanto al establecimiento de normas específicas para las diversas modalidades contractuales, la Propuesta de Código Mercantil se limita a las siguientes cuestiones:

- a) Regular el alcance de la exclusiva en el contrato de concesión o venta con exclusiva y determinar con precisión los conceptos y la distinción entre lo que, en la práctica, se denominan ventas activas y ventas pasivas (artículo 453-15). En este sentido se especifica que la venta activa consiste en vender fuera del territorio de la exclusividad, mientras que venta pasiva es vender dentro del territorio de exclusiva a personas no pertenecientes al mismo. Aunque también se aclara que, si al cliente de fuera del territorio que viene a comprar al distribuidor dentro del territorio de la exclusiva, el distribuidor no le cobra el transporte de la mercancía desde un territorio al otro, la venta pasiva se convierte en una venta activa.
- b) Regular los criterios de selección de los distribuidores, que deben tener carácter objetivo, la prohibición de venta a distribuidores no autorizados y la venta a través del establecimiento autorizado, en materia de distribución selectiva.
- c) Incorporar, con respecto a la franquicia, aquellas normas sobre obligaciones contractuales que se contienen en la Ley de ordenación del comercio minorista, tales como la obligación del franquiciador de comunicar los conocimientos técnicos necesarios para el desarrollo del negocio y las de pago de las cuotas y cánones y el mantener confidencial el *know how* recibido por parte del franquiciado, cuya inclusión en esta última ley carece de sentido por tratarse de normas de derecho privado de carácter mercantil.

6. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Por último, conviene hacer referencia al tema más polémico en esta materia, que es el relativo a la extinción del contrato.

6.1. Denuncia unilateral del contrato

La Propuesta de Código Mercantil reconoce en materia de extinción contractual la posibilidad de la denuncia unilateral del contrato cuando este se ha celebrado por tiempo indeterminado o indefinido, con la exigencia de un preaviso de un mes por cada año de duración del contrato con un máximo de seis meses (art. 543-20). Pero lo que impera en esta materia es la autonomía de la voluntad y, por lo tanto, al establecer las cláusulas contractuales, las partes son libres de fijar los términos del preaviso, con la única salvedad de que los plazos tienen que ser iguales para el proveedor y el distribuidor.

6.2. Indemnización por clientela

La norma proyectada establece, como regla general, que, en caso de extinción del contrato, el distribuidor no tendrá derecho a una indemnización por clientela, pero reconoce que, excepcionalmente, si se dan una serie de circunstancias, por ejemplo, que esa clientela sea fruto del esfuerzo exclusivo del distribuidor, que el distribuidor haya informado al proveedor sobre sus clientes o que exista un pacto post-contractual de no competencia, cabrá la posibilidad de reclamar una indemnización por clientela como justa compensación (art. 543-24), pero sólo en estos casos y con carácter excepcional, teniendo que probar evidentemente el distribuidor dichas circunstancias.

Aunque la norma nada dice al respecto, por considerar que la situación normal es que no haya indemnización por clientela, el parámetro a utilizar para determinar su importe, en aquellos casos en que sea procedente, deberá ser el de los beneficios realmente obtenidos por el distribuidor, y no el basado en el margen comercial, teniendo en cuenta tanto el beneficio presente como el proyectado hacia el futuro, porque en muchas modalidades de contratos de distribución los beneficios no fructifican en el momento, sino que se perciben bastante tiempo después.

6.3. Indemnización por inversiones

La Propuesta de Código Mercantil contempla también el derecho del distribuidor a percibir una indemnización por las inversiones exigidas por el proveedor y no amortizadas al término del contrato cuando este tenga una duración indeterminada y se produzca su resolución por la decisión unilateral del proveedor (art. 543-22).

7. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Para concluir esta exposición hay que recordar la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de unas normas específicas de defensa de la competencia que se aplican a estas modalidades contractuales.

Esta normativa de competencia se encuentra recogida básicamente, con carácter general, en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley española 15/2007 de Defensa de la Competencia, incorporados ahora al Título III del Libro III de esta Propuesta de Código Mercantil, y, con carácter específico, en los Reglamentos (UE) nº 330/2010, sobre acuerdos verticales de suministro y distribución y nº 461/2010, sobre comercialización de vehículos de motor⁶, y debe tenerse muy en cuenta porque su trasgresión genera la nulidad total o parcial del contrato de distribución.

Hay que destacar a este respecto que, hasta la creación de los juzgados de lo mercantil, la jurisprudencia civil frecuentemente no tomaba en consideración la existencia de la normativa de defensa de la competencia al resolver muchas de las cuestiones planteadas en el contexto de los contratos de distribución, quizá por la creencia de que no eran competentes para aplicarla, situación que quedó definitivamente zanjada por la Disposición adicional primera de la Ley 15/2007, anteriormente citada, que atribuyó a los juzgados de lo mercantil la competencia para conocer las cuestiones de orden jurisdiccional civil que se planteen en torno a la aplicación de los artículos 1 y 2 de la Ley de defensa de la competencia relativos a la prohibición de la realización de prácticas colusorias o de abuso de posición dominante por parte de los operadores de mercado (la denominada aplicación privada o judicial de las normas de defensa de la competencia).