

CONTRATOS DE COMERCIALIZACIÓN

Luis Manuel Piloñeta Alonso

ÍNDICE: **1. Los contratos de comercialización en general.**- **2. Contrato de agencia:** 2.1. Concepto y función económica. 2.2. Elementos del contrato: a) *Personales o partes contratantes*; b) *Elementos reales*; c) *Perfección y forma*. 2.3. Contenido y efectos: a) *Obligaciones del agente*; b) *Régimen de actuación del agente*; c) *Obligaciones del empresario*; d) *Agencia de garantía*; e) *Pactos de limitación de competencia*. 2.4. Incumplimiento, responsabilidad y extinción.- **3. Contrato estimatorio:** 3.1. Concepto y elementos. 3.2. Contenido y efectos. 3.3. Incumplimiento, responsabilidad y extinción.- **4. Contratos de distribución comercial:** 4.1. Concepto, función económica y caracteres. 4.2. Elementos contractuales. 4.3. Sistemas de distribución. 4.4. Contenido y efectos. 4.5. Incumplimiento, responsabilidad y extinción. 4.6. Especial referencia al contrato de distribución de automóviles y vehículos industriales.- **5. Contrato de franquicia o «franchising»:** 5.1. Concepto, naturaleza jurídica y función económica. 5.2. Elementos. 5.3. Contenido y efectos. 5.4. Incumplimiento, responsabilidad y extinción.- **6. Contratos de comercialización a través de Internet.**- **7. Contratos de comercialización y libre competencia.**

1. Los contratos de comercialización en general

La **efectiva comercialización** en el mercado constituye el fin último de las mercancías y servicios ofertados por los empresarios. Así entendida, la labor comercializadora se nos presenta como una faceta esencial de cualquier actividad empresarial, cuyo objetivo no es otro que es propiciar el encuentro económico de la oferta y la demanda.

La **complejidad** geográfica y técnica de la comercialización mercantil de sus productos y servicios han llevado tradicionalmente a los empresarios a implicar en ella a **colaboradores** mediante la adopción de relaciones estables dirigidas a la **combinación de esfuerzos** y el **reparto de riesgos**.

Los contratos de comercialización son un tipo cualificado de **contratos de colaboración inter-empresarial** cuya finalidad es la de promover la contratación en el mercado de productos y servicios, con un alto componente fiduciario, aunque basado no tanto en las cualidades personales de los sujetos como en las de su establecimiento mercantil. Así entendida, la comercialización por medio de otros se contrapone a la venta o contratación directas que, de sus productos o servicios, pueda llevar a cabo el comerciante a través de los puntos de venta que integran su propia red comercial; ya se trate de operaciones presenciales en tienda o se articule mediante la celebración

de contratos de comercialización a distancia (especialmente *on line*), que tanto desarrollo está adquiriendo en los últimos años, transformando muchas tiendas en locales de recogida y reparto de mercancías.

El recurso a estas formas de colaboración se ha intensificado en los últimos tiempos, debido al incremento de la competencia y la creciente complejidad de los mercados. Ello ha incidido no sólo en el desarrollo de los **antiguos canales de comercialización** sino que también ha dado lugar al nacimiento de **otros nuevos**, auspiciados por la aplicación comercial de las últimas tecnologías de la información y las comunicaciones. Estos cambios han afectado directamente al formato jurídico de las relaciones empresariales de comercialización y con ello al contenido de los contratos.

En los últimos años, la evolución de la distribución ha estado marcada por la aparición de **mercados electrónicos globalizados**, unida al extraordinario desarrollo experimentado por el **comercio a través de Internet**, presupuestos de la moderna contratación a distancia.

En sentido amplio, podemos definir los **contratos de comercialización como todos aquellos contratos de colaboración inter-empresarial, celebrados por un proveedor y un comercializador, dirigidos a la comercialización o contratación efectiva en el mercado de bienes o servicios**. Decidida su adscripción a esta categoría general, los contratos empresariales de comercialización pueden revestir en la práctica diversas configuraciones, atendiendo a su contenido y características.

La distribución mercantil se basa hoy más que nunca en el establecimiento de vínculos de **colaboración de carácter duradero** entre empresarios independientes. Más allá de esto, la principal línea divisoria es la que nos permite clasificar los contratos de comercialización empresarial en función del **mayor o menor grado de implicación del colaborador en el riesgo** y ventura de las operaciones mercantiles de su principal.

Siguiendo dicho criterio, existen contratos de comercialización en los que el empresario principal o proveedor es quien soporta principalmente la carga del riesgo de la contratación mercantil de sus productos o servicios y, por consiguiente, el buen fin de las operaciones llevadas a cabo con los destinatarios finales de los mismos; y también contratos de comercialización que permiten a aquél trasladar en todo o en parte los riesgos propios de dicha comercialización a su distribuidor, a cambio de hacerle participe en mayor medida del eventual beneficio de tales transacciones. En general, la **asunción por el colaborador de estos riesgos** pasa porque el mismo adquiera previamente al proveedor los bienes o contrate previamente los servicios que está encargado de comercializar, mediante el pago de la pertinente contraprestación.

De otra parte, es menester tomar en consideración la circunstancia de que la función de estos contratos colaborativos **no tiene por qué limitarse únicamente a la comercialización del producto o del servicio y su promoción en el mercado**. En este sentido, no es infrecuente que el empresario colaborador asuma en ellos otras prestaciones distintas, relacionadas con la previa fabricación industrial o la posterior reparación y mantenimiento de los productos objeto de comercialización. Actividades que pueden llegar a adquirir un peso relativo considerable en el plano de las relaciones entre partes e incluso superar, por su entidad económica y financiera, el atribuido a la labor puramente comercializadora desarrollada por el colaborador.

Otro factor a tener en cuenta, al analizar este tipo de contratos, es el **carácter exclusivo o selectivo** de la vinculación mantenida por las partes, frente a la posibilidad de que el proveedor se sirva de otros canales comerciales o el comercializador desarrolle simultáneamente su actividad para varios empresarios.

2. Contrato de agencia

2.1. Concepto y función económica

El contrato de agencia **es aquel contrato de colaboración comercial** por el que un empresario (agente) se obliga frente a otro (empresario o principal), de manera continuada o estable y a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, pero sin asumir –salvo pacto en contrario– el riesgo y ventura de tales operaciones.

Nos hallamos ante una relación típicamente mercantil, que vincula a dos **empresarios independientes** y cuya principal nota característica es la **estabilidad o permanencia en el tiempo**. Esta última circunstancia es lo que permite distinguir el contrato de agencia de otros contratos tradicionales de colaboración como la comisión y el corretaje. Su regulación básica se halla en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, «a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa» (art. 3).

La **función económica** del contrato de agencia es la **comercialización**, en la medida en que constituye un marco estable de colaboración orientada a propiciar la contratación mercantil de **bienes y servicios**. En su virtud, el agente se compromete a promover o a promover y concluir actos u operaciones de comercio, por cuenta y en interés de su principal. Aunque la función comercializadora no es exclusiva ni excluyente en este tipo de relaciones y se combina muchas

veces con la asunción por el colaborador de otras **actividades empresariales conexas**, por lo general de carácter complementario o accesorio.

Por su propia índole, el contrato de agencia es un contrato basado en la confianza y con un fuerte **componente fiduciario**.

2.2. Elementos del contrato

a) Personales o partes contratantes

La relación contractual de agencia vincula a un empresario o principal y a un agente. El de agencia es un **contrato entre empresarios**. En consecuencia, la Ley niega (art. 2.1) la condición de agentes a los «representantes y viajantes de comercio dependientes»; así como, en general, a las personas vinculadas con el empresario por cuya cuenta actúan en virtud de una relación laboral «común o especial».

Acto seguido, establece (art. 2.2) la presunción de que existe «dependencia» cuando quien desempeña las tareas de comercialización «no pueda **organizar su actividad profesional** ni el **tiempo** dedicado a la misma conforme a sus propios criterios».

En el plano positivo, la figura empresarial del agente se contrapone a la de aquellos trabajadores, personas físicas, sujetos a una relación laboral especial que, actuando bajo la denominación de «representante, mediador o cualquiera otra» se obligan con uno o varios empresarios y a cambio de una retribución a «promover o concertar personalmente operaciones mercantiles por cuenta de los mismos»; cuya regulación se encuentra en el Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto.

Por lo demás, el tercero (cliente) con quien se contratan los productos o servicios como consecuencia de la labor de intermediación desarrollada por el agente no es parte en el contrato de agencia; como tampoco lo es el subagente contratado por el agente para que le auxilie en el ejercicio de dicha labor (art. 5.2).

b) Elementos reales

La prestación a cargo del agente puede consistir en la distribución tanto de mercancías (bienes destinados al mercado) como de servicios, en su acepción más amplia; así como comportar –o no– la representación jurídica del empresario por cuya cuenta actúa. La retribución a percibir como contraprestación por el agente será por lo común dineraria.

c) Perfección y forma

El contrato de agencia tiene carácter consensual (art. 1), aunque la Ley atribuye a cada uno de los contratantes la facultad de exigir –en cualquier momento– que el mismo se formalice por escrito (art. 22).

La Ley ha dispuesto, además, que ciertas estipulaciones consten por escrito para su validez. Es el caso de los pactos de garantía por los que el agente asume el riesgo y ventura de las operaciones promovidas o concluidas para el empresario (arts. 19); y de las estipulaciones dirigidas a restringir o limitar la competencia del agente tras la extinción del contrato de agencia (art. 21).

La posición económica de preeminencia que el empresario o principal suele ostentar frente al agente, hace que la formulación escrita y las estipulaciones del contrato de agencia vengan impuestas, a menudo, por la voluntad unilateral de aquel, mediante el recurso a condiciones generales de contratación.

2.3. Contenido y efectos

a) Obligaciones del agente

El agente se compromete a promover o a promover y concluir actos u operaciones mercantiles por cuenta del empresario. En cuanto tal, debe **actuar lealmente y de buena fe** en defensa de los intereses de su principal (art. 9). Sin embargo, dicha actuación no resulta en modo alguno indiferente al agente porque constituye el objeto de su prestación contractual y de ella depende su derecho a percibir la remuneración. De modo que el interés del empresario no solo no excluye sino que coexiste con el del propio agente.

En principio, la labor del agente es la de promover actividades mercantiles y sólo estará facultado para concluir actos u operaciones contractuales, en representación del empresario, cuando le hubiera sido atribuida –expresa o tácitamente– dicha potestad. Cfr. art. 6 y art. 1259 CC.

El agente deberá ocuparse con la diligencia de un ordenado comerciante de la promoción y, en su caso, de la celebración de los actos u operaciones encomendadas por el empresario con el que colabora.

Otra de sus obligaciones es la de **informar** adecuadamente al empresario de lo atinente a la buena gestión de los actos y operaciones objeto de su cometido; y cumplir sus instrucciones, conservando la independencia propia de su condición profesional o empresarial.

También se encargará de **recibir y trasladar al empresario las reclamaciones** de terceros como consecuencia de los actos u operaciones en los que interviene.

La Ley impone, asimismo, al agente el deber de llevar una contabilidad independiente relativa a los actos u operaciones realizados para cada uno de los empresarios con quienes colabore.

b) Régimen de actuación del agente

El agente puede llevar a cabo su prestación directamente **por sí o por medio de sus auxiliares** dependientes (art. 5.1). A menudo el agente es un empresario individual o una pequeña sociedad, por lo que no es frecuente que disponga de un número elevado de colaboradores.

La Ley permite (art. 5.2) al agente recurrir a la **contratación de subagentes**, contando siempre con la autorización del empresario, y le impone el deber de responder por las faltas de tales subagentes como si fueran propias cuando hubieran sido designados por él.

El agente podrá simultanear su labor como agente con el ejercicio de otras actividades empresariales. Pero la Ley le exige (art. 7), en todo caso, recabar el consentimiento del empresario para llevar a cabo por cuenta propia o por cuenta de otro empresario actividades profesionales relacionadas con bienes o servicios de la misma o análoga naturaleza de los que son objeto del contrato de agencia y que concurren o compitan con estos últimos.

Finalmente, se atribuyen al agente facultades en orden al reconocimiento y depósito de los bienes vendidos (art. 8).

c) Obligaciones del empresario

La Ley impone (art. 10) al empresario o principal el deber general de **actuar con lealtad hacia su agente y respetando las exigencias de la buena fe**.

El empresario deberá poner a disposición del agente la **documentación** necesaria para el ejercicio de su actividad profesional. De igual modo, se obliga a procurar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato y, en particular, a advertirle de sus previsiones de reducción del volumen o las expectativas de negocio.

Por supuesto, tendrá que **abonar al agente la contraprestación pactada**. En conexión con dicha obligación se halla el deber que le impone la Ley (art. 15.1) de informar y rendir cuentas al agente en torno a las operaciones promovidas o promovidas y concluidas por el mismo; así como la consecuencia (exhibición de particulares de su contabilidad) prevista para el caso de que no lo haga (art. 15.2).

La Ley dedica varios preceptos a regular la remuneración del agente, partiendo de la distinción entre la adopción de **sistemas de retribución fija, en forma de comisión o mixtos**. Cfr. art. 11.

En relación a la comisión, la norma reconoce al agente el derecho a su percepción por aquellos **actos u operaciones concluidos** durante la vigencia de la relación de agencia (art. 12); así como también por los actos u operaciones concluidos con posterioridad a la extinción del contrato, cuando se deban, principalmente, a la labor desarrollada por el agente vigente el contrato y se hubieran concluido dentro de los tres (3) meses siguientes a aquélla, o cuando el pedido se hubiera realizado pendiente el contrato de agencia (art. 13.1). Paralelamente, se niega en todo o en parte la comisión al agente actual por los actos u operaciones concluidos durante la vigencia de su contrato, cuando dicha comisión corresponda a un agente anterior (art. 13.2).

La comisión del agente **se devengará** en el momento en que el empresario hubiera ejecutado o debido ejecutar el acto u operación mercantil; o el mismo hubiera sido ejecutado total o parcialmente por el tercero cliente (art. 14).

La comisión deberá ser abonada al agente conforme a lo estipulado en el contrato y, a más tardar, el último día del mes siguiente al trimestre natural en que se hubiera devengado (art. 16).

El agente perderá su derecho a la comisión en caso de que el acto u operación, concluidos merced a labor de intermediación del agente, **no se ejecuten debido a circunstancias no imputables al empresario** y así lo pruebe este último (art. 17).

Dada su condición profesional, el agente asumirá, salvo pacto en contrario, los gastos incurridos en el ejercicio de su actividad (art. 18).

d) Agencia de garantía

La Ley regula, asimismo, la figura de la agencia de garantía que comporta la asunción por el agente del riesgo y ventura de una parte o la totalidad de las operaciones que promueve o concluye para su principal. El pacto que la estipula será nulo si no consta **por escrito y expresa la compensación** a percibir por el agente en concepto de contraprestación (art. 19).

e) Pactos de limitación de competencia

Se admite la validez de las estipulaciones contractuales dirigidas a **restringir la actividad** profesional que podrá desarrollar el agente **a la extinción** de la relación de agencia (art. 20.1), aunque la Ley impone límites temporales (dos años o uno, si el contrato de agencia se hubiera pactado por menos de dos) y de contenido (zona geográfica, clientes potenciales y bienes o servicios comprendidos en el contrato de agencia). Cfr. arts. 20.2 y 21. La Ley exige también que los pactos de limitación de competencia se formalicen por escrito para su validez.

2.4. Incumplimiento, responsabilidad y extinción

El incumplimiento por cualquiera de las partes de sus obligaciones legales o contractuales permite a la otra optar entre el **cumplimiento forzoso** o la **resolución del contrato**. En caso de que hubiera responsabilidad del deudor, el acreedor podrá exigirle además el pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados.

La Ley se refiere (art. 26) a la posibilidad de que cada parte en un contrato de agencia (ya sea por tiempo determinado o indefinido) dé por finalizado –rectius resuelva– el contrato «en cualquier momento, sin necesidad de preaviso», en caso de incumplimiento total o parcial por la otra de sus obligaciones y cuando esta última hubiera sido declarada en concurso de acreedores (en el marco de lo previsto en el artículo 63 de la propia Ley Concursal).

A la hora de plantear la extinción de la relación, la Ley acierta a distinguir (art. 23) entre los contratos de agencia **por tiempo determinado** y los contratos de agencia **por tiempo indefinido**. Los primeros se extinguirán, según lo convenido por las partes, a sus respectivos vencimientos (art. 24 LCA). Sin embargo, la extinción de los contratos de agencia por tiempo indefinido se llevará a cabo por denuncia unilateral de cualquiera de las partes, respetando el plazo de preaviso pactado que, cuando se dirija al agente, no podrá ser inferior en ningún caso al establecido para el empresario. La Ley establece plazos mínimos de preaviso que serán de un (1) mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis (6) meses; y, cuando la duración de la relación hubiera sido inferior a un (1) año, el plazo de preaviso queda fijado en un (1) mes. A estos efectos y salvo pacto en contrario, el final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes. Cfr. art. 25.

La Ley prevé asimismo la extinción del contrato por causa de **muerte del agente** (art. 27 LCA), como una consecuencia necesaria del carácter fiduciario de este tipo de relaciones.

A la extinción del contrato de agencia, se reconocen legalmente al agente **sendos derechos de indemnización**. A saber:

Primero.- Una indemnización por **clientela**, tanto si el contrato de agencia es por tiempo determinado o por tiempo indefinido, cuando el agente hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela originaria, siempre que su actividad pueda continuar aportando ventajas sustanciales al empresario y resulte equitativamente procedente por la existencia de pactos restrictivos de la competencia, por las comisiones que deje de percibir el agente o las demás circunstancias concurrentes (art. 28.1). Este derecho se mantendrá también en los supuestos en que la extinción se deba a la muerte del agente (art. 28.2) o el agente hubiera instado la resolución del contrato por incumplimiento del empresario.

La Ley fija un límite máximo al importe de dicha indemnización, que no podrá exceder «en ningún caso» del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años de contrato o durante todo el periodo de vigencia del contrato si su duración fuera inferior (art. 28.3).

Segundo.- Una indemnización por **daños y perjuicios** (inversiones no amortizadas) exigible al empresario que denuncia unilateralmente un contrato de agencia de duración indefinida, siempre que la consiguiente extinción anticipada no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por ese empresario, haya realizado para la ejecución del contrato (art. 29).

Se exceptúan diversos supuestos. Así, el agente no tendrá derecho a indemnización por clientela o de daños y perjuicios (art. 30):

- En caso de que el contrato hubiera sido resuelto por el empresario a causa del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del agente.
- Cuando el agente hubiera denunciado unilateralmente el contrato (de duración indefinida) salvo que lo hubiera hecho por «causas imputables» al empresario o debido a la edad, invalidez o enfermedad grave del propio agente.
- Si el agente (con el preceptivo consentimiento del empresario) cede a un tercero sus derechos y obligaciones derivados del contrato de agencia.

Las acciones para reclamar indemnización por clientela o de daños y perjuicios prescribirán al año de la extinción del contrato (art. 31).

La competencia territorial para conocer de los litigios derivados del contrato de agencia se atribuye legalmente al Juez del domicilio del agente (DA segunda).

3. Contrato estimatorio

3.1. Concepto y elementos

El contrato estimatorio **es aquel por el que** un empresario (proveedor) se obliga a entregar a otro (consignatario o comercializador) una mercancía con el encargo de que promueva su venta, comprometiéndose esta última a pagarle el precio cierto estimado de la misma, una vez que la haya vendido o a restituírsela en el plazo fijado al efecto.

La **función económica** de este contrato es la de propiciar la **comercialización de mercancías**, mediante el establecimiento de una relación de colaboración entre fabricantes o mayoristas de mercancías, interesados en la distribución de sus productos en el mercado, y comerciantes dispuestos a colaborar en dicha labor sin tener que adquirirlos previamente ni asumir el riesgo de su posterior reventa.

La naturaleza jurídica del contrato estimatorio es la de un contrato sui generis de colaboración inter-empresarial destinado a propiciar la distribución en el mercado de ciertos bienes, mediante la puesta de los mismos en poder y posesión del encargado de promover su comercialización.

En nuestro ordenamiento, el estimatorio no cuenta con una regulación propia y distinta, lo que le convierte en un contrato atípico (a diferencia de lo que ocurre en otros Derechos como el italiano), cuyo contenido dependerá en último término de lo estipulado por las partes en el marco de su autonomía de la voluntad.

El contrato estimatorio vincula a dos empresarios y, dada su configuración jurídica, tiene un importante componente fiduciario. El adquirente final de los bienes no es parte en el contrato estimatorio, siendo su posición jurídica la de comprador en el contrato de compraventa celebrado por el consignatario.

El contrato estimatorio se perfecciona por el mero consentimiento, sin tener que revestir ninguna forma específica, aunque en ocasiones se formaliza por escrito por razones probatorias. No es infrecuente, asimismo, que aparezca configurado como un contrato real, para cuya perfección se requiere la entrega material de las mercancías al consignatario.

La estimación tiene por objeto bienes muebles –mercancías– de muy variada tipología (productos suntuarios, de marca, libros, publicaciones periódicas, periódicos, fruslerías, etc.). El precio estimado por las partes consiste en una suma de dinero.

3.2. Contenido y efectos

El proveedor se obliga a entregar la mercancía al consignatario para su comercialización en el mercado, manteniendo la propiedad o titularidad sobre la misma hasta que aquel proceda a su enajenación a un tercero o a abonarle el precio estimado.

El comercializador o consignatario deberá guardar y conservar los bienes recibidos en consignación, así como promover su venta en el mercado. Al propio tiempo, vendrá también obligado a abonar al proveedor el precio estimado de los mismos, tras su enajenación o a restituírselos en el plazo establecido al efecto. Aunque, en ocasiones, se estipula el pago anticipado de una parte de ese precio.

Así las cosas, el beneficio bruto del consignatario consistirá en la diferencia entre el valor estimado que debe pagar al transmitente y el precio que perciba por la venta a terceros de la mercancía consignada.

El proveedor no podrá disponer de los bienes cedidos hasta que le sean restituidos; y, en su condición de distribuidor, el consignatario se halla facultado para su transmisión y venta. Aun cuando no sea propietario de los mismos, el contrato atribuye al consignatario el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes tenidos en consignación (del que podrá descargarse mediante la contratación de un seguro).

3.3. Incumplimiento, responsabilidad y extinción

La falta de cumplimiento por cualquiera de las partes de sus obligaciones constituirá a la otra ante la opción de exigirle el cumplimiento forzoso o la resolución (especialmente cuando se produzca una quiebra de confianza). Además, podrá reclamarle una indemnización por los daños y perjuicios causados cuando el incumplimiento sea jurídicamente imputable al deudor.

Al asumir los riesgos de la mercancía, el consignatario responderá al transmitente de la pérdida o deterioro de la misma, cualquiera que hubiera sido la causa (incluida la fuerza mayor). Cfr. art. 1105 CC, a sensu contrario.

El contrato se extingue por su cumplimiento o por transcurso del término fijado. No habiéndose fijado plazo, podrá extinguirse por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes, comunicada a la otra con suficiente antelación.

4. Contratos de distribución comercial

4.1. Concepto, función económica y caracteres

En general, se denominan contratos de distribución comercial todos aquellos por los que un empresario (distribuidor) se obliga, de manera continuada y estable, a colaborar con otro (proveedor o principal) en la comercialización de determinadas mercancías, mediante la previa adquisición de las mismas y su posterior reventa en el mercado, asumiendo el riesgo y ventura de las operaciones.

La función económica de los contratos de distribución es la de servir de marco al establecimiento de relaciones continuadas de colaboración empresarial, dirigidas en último término a promover la comercialización en el mercado de ciertos productos (por lo general de marca). La peculiaridad de estos sistemas reside en la circunstancia de que el empresario encargado de la distribución adquiere los productos del proveedor, como paso previo a su comercialización; lo que conlleva también la asunción por aquel del riesgo y ventura de la posterior reventa o colocación en el mercado de tales bienes.

Los contratos de distribución dan lugar a una **simbiosis entre los intereses de proveedores y distribuidores**. Los primeros obtienen un canal para la colocación en el mercado de sus productos y los segundos adquieren la posibilidad de ofertarlos a sus destinatarios. De este modo, el empresario proveedor se aprovecha de la labor comercializadora de sus colaboradores y les traslada una parte significativa de los riesgos de su actividad empresarial; mientras los empresarios distribuidores revenden especulativamente los bienes que les proporciona aquél, obteniendo el consiguiente beneficio.

Así entendidos, su naturaleza jurídica es la de contratos sui generis de comercialización; aunque ello no les impide participar también de las características propias de la compraventa o, en su caso, del suministro; aunque pueden dar lugar además a otras prestaciones complementarias o accesorias, especialmente cuando comportan la **integración del establecimiento del distribuidor en la red de distribución** del proveedor.

La distribución comercial implica la compra de bienes para su reventa por el distribuidor en el mercado, por cuenta propia y asumiendo, como ya se ha dicho, el riesgo y ventura de esa comercialización. En la medida en que sirven de marco a relaciones estables de colaboración empresarial, los contratos de distribución presentan, además, un intenso componente **fiduciario** y se basan en la confianza.

Los contratos de distribución son **contratos atípicos**, carentes de regulación general en nuestro ordenamiento, cuyo contenido depende principalmente de las estipulaciones de las partes. Ello no impide que, supletoriamente, puedan venir en aplicación a los mismos, por vía analógica, las disposiciones del Código de Comercio en materia de compraventa, así como algunos preceptos de la Ley de Contrato de Agencia. En este sentido, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en su Disposición Adicional decimosexta, modificó la Ley 12/1992, de Contrato de Agencia, para introducir una nueva Disposición Adicional primera conteniendo el «régimen especial de los **contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales**». Esta norma estaba llamada a regular de forma transitoria los contratos de distribución de tales vehículos «hasta la aprobación de una Ley reguladora de los contratos de distribución». Sin embargo, poco después, la Ley 7/2011, de 11 de abril, estableció (Disposición Final cuarta) que dicho régimen «no será aplicable y no producirá efectos jurídicos» **hasta la entrada en vigor de la Ley de contratos de distribución comercial**, ordenando al Gobierno la aprobación y remisión a las cortes de dicho proyecto «en el plazo de seis meses». En el interin y hasta la definitiva aplicación de la nueva legislación, el propio Gobierno debía también presentar a las principales asociaciones del sector de automoción un «código de buenas prácticas», en el que se contemplara la constitución de un «comité de seguimiento y resolución de conflictos».

En orden al cumplimiento del mandato legal, el Gobierno presentó ante el Congreso el **Proyecto de Ley de contratos de distribución**, que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales correspondiente al día 29 de junio de 2011 (www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_138-01.PDF). La cuestión pasaría luego al articulado de la **Propuesta de Anteproyecto de Código Mercantil** de la Comisión General de Codificación (arts. 543-1 a 543-24). Sin embargo, la normativa relativa a los contratos de distribución se quedó, finalmente, fuera del texto del fallido **Anteproyecto de Código Mercantil**, aprobado en el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014, para dar lugar, probablemente, a una Ley especial de la que, de momento, nada seguro se sabe.

4.2. Elementos contractuales

Los contratos de distribución son, como ya se ha dicho, una modalidad especial de contratos de colaboración entre empresarios. Vinculan, de un lado, al proveedor y, de otro, al distribuidor. El postulado general de buena fe protegerá especialmente a la parte contratante débil, que será generalmente el distribuidor pero que también puede recaer sobre los pequeños proveedores que recurren para la comercialización de sus productos a grandes empresas distribuidoras.

La vigencia de la relación de distribución no afectará a la **independencia económica de las partes**, manteniendo el proveedor y el distribuidor su dualidad de personalidades y girando en el tráfico como empresarios autónomos, titulares de sus respectivos derechos y obligaciones.

El cliente (comprador) es un tercero ajeno a la relación de distribución, por la misma razón por la que **la reventa** en sí del producto constituye un contrato diferente y cae fuera de su contenido. Tampoco lo son los colaboradores a los que pueda recurrir el distribuidor para llevar a cabo la distribución.

Objeto de distribución mercantil podrán ser, en principio, todo tipo de **mercancías** y muy particularmente productos **de marca, fabricados en serie**. La prestación de distribución suele recaer tanto sobre los productos en su conjunto como sobre las piezas de recambio destinadas a los mismos. No así los servicios, que no se «compran» ni se «venden» en el mercado, sino que se contratan.

Esto no impide, sin embargo, que un empresario dedicado a la prestación de servicios contrate colaboradores para que promuevan su comercialización y éstos lleven a cabo el pago directo de tales servicios para proceder luego a facturarlos a sus usuarios finales. Aunque ya no estaríamos ante un contrato de distribución, propiamente dicho, sino ante otra técnica de comercialización dirigida a promover la contratación en el mercado de los servicios en cuestión.

La contraprestación del distribuidor consistirá en las sumas de dinero que habrá de abonar al proveedor por la adquisición de los productos cuya distribución se encarga de promover, así como por las demás prestaciones complementarias o accesorias que pudiera proporcionarle.

Dada su atipicidad, los contratos de distribución tienen carácter eminentemente **consensual** y no requieren para su validez y eficacia ninguna forma jurídica. Aunque lo normal en la práctica es que se formalicen **por escrito**, a instancia de cualquiera de las partes, debido a la complejidad de su contenido y por razones evidentes de seguridad jurídica. Es frecuente además, su configuración como contratos de adhesión y la utilización de condiciones generales de contratación predispuestas por la parte que ostente la posición de preeminencia.

Ello no obstante, las reticencias o inexactitudes de la información proporcionada al contratante débil, con ocasión de la celebración, pueden viciar el consentimiento de este último y legitimarle para instar la anulación del contrato de distribución.

4.3. Sistemas de distribución

Los contratos de distribución adoptan en la práctica diversas modalidades, atendiendo a su contenido básico y al modo de plantear la comercialización de las mercancías. Por lo general, se suele distinguir entre:

- a) **Contratos de aprovisionamiento exclusivo**, por los que el distribuidor se obliga a adquirir los bienes o productos objeto de distribución únicamente de su proveedor o de las personas designadas por éste, en las condiciones especiales estipuladas en el contrato.
- b) **Contratos de distribución exclusiva**, por los que el proveedor se compromete a proporcionar al distribuidor en régimen de exclusiva los bienes o productos destinados a ser comercializados en una determinada zona geográfica o un grupo específico de clientes.
- c) **Contratos de distribución autorizada**, por los que el proveedor se obliga a proporcionar al distribuidor mercancías para su comercialización, directamente o a través de su propia red, en calidad de distribuidor oficial dentro de un área geográfica o grupo de clientes.
- d) **Contratos de distribución selectiva**, en cuya virtud el proveedor recurre para la comercialización de sus productos a la contratación de un grupo selectivo de distribuidores, que serán los únicos encargados de su reventa en el mercado, siguiendo las indicaciones de aquél y sin ningún derecho de exclusividad territorial.
- e) **Contratos de concesión mercantil**, por los que el distribuidor (concesionario) se obliga a integrar su establecimiento en la red comercial del proveedor (concedente) a fin de promover la distribución en el mercado de los productos o servicios adquiridos de éste, en régimen de exclusiva y dentro de la zona geográfica o grupo de clientes asignados.

4.4. Contenido y efectos

El contenido de los contratos de distribución es diverso y a menudo complejo, dependiendo del tipo de producto sobre el que recaen y, sobre todo, de las características y el modo de configurar el proceso de comercialización. La posición jurídica de las partes dependerá, fundamentalmente, de lo **estipulado** por ambas **en el contrato** y de los **usos o prácticas** que se establezcan entre ellas durante la vigencia de su relación.

La relación de distribución se basa en el compromiso de las partes de colaborar lealmente y de buena fe en la tarea de promover la comercialización mercantil de los productos.

El proveedor se obliga a proporcionar al distribuidor en las condiciones convenidas los bienes objeto de distribución, a fin de satisfacer la demanda y permitir el abastecimiento regular del mercado. La actividad distribuidora puede alcanzar también a piezas de recambio y accesorios del producto principal.

En ocasiones, se estipula contractualmente un **cupo o contingente mínimo** de mercancía a adquirir por el distribuidor, con el propósito de que el mismo disponga en su establecimiento de un stock suficiente para proceder a la ordenada comercialización de aquéllos y alcanzar los objetivos previstos.

Al igual que en cualquier contrato de compraventa o de suministro, la entrega de los productos al distribuidor deberá llevarse a cabo por el principal en las condiciones estipuladas en el contrato, ya sea en el lugar de origen o en el de destino, haciéndose cargo el que corresponda de su traslado al establecimiento del distribuidor o a manos del cliente. Los riesgos de la mercancía se repartirán, asimismo, con arreglo a las pautas que rigen en los contratos traslativos del dominio.

En tanto que adquirente, el distribuidor vendrá obligado contractualmente a abonar al proveedor el precio de las mercancías, en los términos y condiciones estipulados en el contrato. Comúnmente, su importe es variable y se hace depender del volumen de productos adquiridos, estableciéndose rappels o descuentos cuando se alcanzan ciertos hitos de compra.

La transmisión de los bienes por el proveedor y su adquisición por el distribuidor constituyen, en estos contratos, un presupuesto para facilitar su reventa o comercialización en el mercado. La finalidad última de estos contratos es la comercialización de las mercancías. La previa adquisición de las mismas por el distribuidor es un medio y no un fin. No estamos, pues, ante una simple compraventa o suministro, porque la razón de ser de este tipo de operaciones es la reventa y distribución en el mercado de los productos adquiridos.

El principal compromiso del distribuidor no es otro que **promover la distribución en el mercado de los productos** de su proveedor, en orden a la consecución de los objetivos marcados. En consecuencia, habrá de disponer los medios y recursos adecuados para ello. La comercialización se llevará a cabo sin menoscabar el prestigio empresarial del proveedor, así como respetando su marca y la presentación del producto, siguiendo las pautas del sistema de distribución estipulado en el contrato. La fijación del precio de reventa de los productos corresponde al distribuidor, en el marco de su libertad de empresa, sin perjuicio de la posibilidad de que el proveedor establezca tarifas de precios recomendados y no vinculantes.

El proveedor y el distribuidor respetarán, en su caso, las **cláusulas de exclusividad** que se hubieran adoptado, ya se refieran al producto, grupo de clientes o área geográfica. El afectado por cualquiera de tales cláusulas se abstendrá de mantener relaciones de negocio paralelas infringiendo el deber de no competencia que le impone el contrato, con arreglo al tenor literal de la referida cláusula. De su contenido y alcance dependerá la zona en que el distribuidor desarrolle su actividad comercial, el círculo de clientes, la posibilidad del proveedor de llevar a cabo ventas directas, la contratación con otros proveedores o el establecimiento de relaciones de colaboración con distribuidores distintos. Aunque debe tenerse en cuenta que la eficacia de estos pactos contractuales es relativa y no resultan oponibles a terceros que hubieran adquirido legalmente los productos y procedan a su comercialización (**comercio paralelo**).

En los sistemas de **distribución selectiva**, el distribuidor autorizado no podrá comercializar o revender los productos del proveedor ni sus recambios y accesorios a distribuidores que no pertenezcan a la red de establecimientos seleccionados.

Las prestaciones del distribuidor no siempre se agotan en la fase de comercialización de los productos del proveedor y pueden proyectarse también hacia el **sector de la post-venta**, ofertando a los clientes la prestación de servicios de mantenimiento y reparación, respecto a los bienes comercializados que, por su naturaleza duradera, así lo requieran. Esta línea de actividad del distribuidor debe ponerse en conexión con el derecho legal atribuido a los consumidores de productos duraderos a disponer de una oferta adecuada de servicios técnicos y acceder a piezas de recambio. Cfr. art. 127 del Real Decreto Legislativo 1/2007.

En ocasiones, el distribuidor puede llegar a encargarse también de gestionar, por cuenta de su principal, la contratación de créditos de **financiación** destinados a facilitar la adquisición por los clientes de los productos objeto de distribución.

Las partes contribuirán, dentro de sus respectivos ámbitos de actuación, a promover y difundir la comercialización de los bienes, recurriendo en su caso a la realización de **campañas publicitarias**, cuyo coste se distribuirá entre ellas de conformidad con lo estipulado en el contrato. Cuando la iniciativa corresponda al distribuidor, habrá de respetar en todo caso la identidad y presentación de los productos.

Los contratos de distribución pueden comportar también la cesión por el proveedor al distribuidor de **derechos de uso (licencias) sobre la marca** de los productos a comercializar, por razones promocionales y de marketing. Esta circunstancia adquiere especial significación en los contratos de concesión, como una consecuencia más de la integración del establecimiento del distribuidor en la red comercial del proveedor.

El proveedor suele reservarse la facultad de exigir al distribuidor **información acerca de los resultados** de su labor comercializadora y, en general, sobre la **situación patrimonial y financiera** de su colaborador. En ocasiones, llega a ostentar también ciertas potestades de control sobre la actividad empresarial de este último. Paralelamente, en muchos contratos de distribución, el proveedor presta al distribuidor servicios de asistencia y apoyo técnico, contribuyendo a la organización de su empresa y, a menudo también, a la instrucción y formación de su personal.

El componente fiduciario de estos contratos, impide a cualquiera de las partes cederlos, total o parcialmente, a terceros sin el consentimiento de la otra, a no ser que se hubiera estipulado lo contrario. Lo que sí podrán el proveedor y el distribuidor es recurrir, bajo su responsabilidad, a la colaboración de auxiliares para el efectivo cumplimiento de sus obligaciones contractuales, de acuerdo con los usos y prácticas habituales en cada sector.

Algunos contratos de distribución **restringen la actividad mercantil del distribuidor con posterioridad** a la extinción del contrato, para evitar que pueda competir con el proveedor y desviar su clientela.

4.5. Incumplimiento, responsabilidad y extinción

Los contratos de distribución mercantil se extinguen a su vencimiento, una vez cumplidas las obligaciones asumidas por las partes. No habiéndose fijado plazo, tales contratos se consideran celebrados por tiempo indefinido, aunque podrán extinguirse por la mera denuncia unilateral de cualquiera de las partes llevada a cabo con antelación razonable, conforme a las exigencias de la buena fe. En tales casos, a falta de estipulación, podrán adoptarse los parámetros temporales de preaviso establecidos en la Ley de contrato de agencia (art. 25).

En consonancia con esta última (art. 24.2), cabe sostener también que los contratos de distribución celebrados por tiempo determinado, cuando continúen siendo ejecutados por ambas partes tras la expiración de su término de vigencia, se renovarán como contratos de duración indefinida.

Por lo demás y en ausencia de regulación legal, la declaración en concurso de acreedores de una de las partes no afectará por sí sola a la vigencia de este tipo de contratos (arts. 61 y 63 LC).

A la finalización de este tipo de contratos, se plantea, asimismo, la posibilidad de que el distribuidor exija al proveedor el pago de una **indemnización –rectius compensación– por la clientela** generada; y otra por las inversiones específicas que hubiera llevado a cabo en ejecución del contrato y estuvieran pendientes de amortización, en caso de denuncia anticipada instada por el proveedor. La respuesta afirmativa a estas cuestiones habrá de fundamentarse en la aplicación

análoga a los contratos de distribución de la regulación propia del contrato de agencia, siempre que se aprecie identidad de razón entre unos y otros supuestos. La jurisprudencia no mantiene un criterio unívoco en torno al tema y aunque, tras la promulgación de la Ley de contrato de agencia, se mostró favorable a extender su aplicación al distribuidor, en la actualidad, defiende la diversa naturaleza jurídica de ambos contratos y restringe el derecho del consumidor a exigir compensación por clientela.

Lo que no parece cuestionable es la extensión análoga a estos contratos del régimen de indemnización por **inversiones no amortizadas** previsto en el contrato de agencia (art. 29), cuando el empresario principal haya procedido a la denuncia unilateral del contrato, en la medida en que los bienes y activos productos de tales inversiones, por su carácter «específico», no puedan seguir reportando utilidad al distribuidor ni ser aprovechables de otro modo por el mismo.

La vigencia del postulado general de buena fe alcanza también a la fase de liquidación de estos contratos y exige a las partes colaborar activamente en la adopción de aquellas medidas razonables para los intereses de una y otra. Ello afecta de un modo especial al destino que haya de darse a los productos adquiridos por el distribuidor y pendientes de comercialización.

Más allá de lo anterior, la falta de cumplimiento por cualquiera de las partes de sus obligaciones constituirá a la otra ante la disyuntiva de exigirle el cumplimiento forzoso o bien instar la resolución del contrato. Además, el perjudicado tendrá derecho a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, siempre que el incumplimiento sea jurídicamente imputable al deudor y ello le constituya en responsable del mismo. De acuerdo todo ello con lo estipulado por las partes en el contrato. Aunque, tratándose de contratos basados en la confianza, la primera opción del acreedor será la de proceder a su resolución, especialmente cuando hubiera mediado responsabilidad del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

4.6. Especial referencia al contrato de distribución de automóviles y vehículos industriales

La **Disposición Adicional primera** de la Ley de Contrato de Agencia define los contratos de distribución de automóviles y vehículos industriales como aquellos por los que un empresario (distribuidor) se obliga frente a otro (proveedor o principal), de manera continuada o estable y a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio de vehículos por cuenta y en nombre (*sic*) de su principal, como comerciante independiente, asumiendo el **riesgo y ventura de tales operaciones**. En lo tocante a su regulación, la normativa actualmente en suspenso establece que tales contratos, en defecto de Ley expresamente aplicable, se regirán por lo dispuesto en ella, al tiempo que atribuye a sus preceptos carácter imperativo.

El precepto declara nulo el pacto por el que el proveedor se reserve la facultad de modificar unilateralmente el contenido esencial de estos contratos y, en particular, los aspectos relativos a la gama completa de productos y servicios contractuales, el plan de negocio del distribuidor, las inversiones y plazo de amortización, la remuneración fija y variable, los precios de los productos y servicios, las condiciones generales de venta y garantía de posventa, las directrices comerciales y los criterios de selección de los distribuidores.

El distribuidor sólo vendrá obligado a realizar las inversiones específicas necesarias para la ejecución de sus prestaciones que figuren concreta y expresamente relacionadas en el propio contrato; y, únicamente, cuando se prevea el periodo en el que cada una de ellas será amortizada. A tales efectos, se entenderá por «inversiones específicas» aquellas que no puedan ser aprovechadas para usos distintos a la ejecución del propio contrato de distribución.

La Ley limita la exigencia de que el distribuidor adquiera un **cupo mínimo de productos** «para disponer de un stock calculado en función de los objetivos comerciales», autorizando a aquel a **restituir al proveedor los productos suministrados y no pedidos por clientes**, una vez transcurridos sesenta (60) días desde su adquisición; viniendo obligado el proveedor a recomprárselos en las mismas condiciones en que se los vendió.

A la extinción de estos contratos de distribución, cualquiera que sea la causa de la misma, el distribuidor tendrá derecho a percibir las siguientes cantidades en concepto de **compensación o indemnización**, por los conceptos que se indican:

Primero.- El importe correspondiente al valor de las inversiones específicas pendiente de amortización en el momento de la extinción del contrato.

Segundo.- Una indemnización por clientela, que en ningún caso podrá ser inferior al importe medio anual de las ventas efectuadas por el proveedor al distribuidor durante los últimos cinco (5) años de vigencia del contrato, o durante todo el período de vigencia de éste, si hubiese sido inferior.

Tercero.- Las indemnizaciones del personal laboral del que haya tenido que prescindir el distribuidor por la extinción del contrato.

Cuarto.- Asimismo, en cualquier caso de extinción del contrato, el proveedor vendrá obligado a adquirir del distribuidor todas aquellas mercancías que se hallen en poder de este último, al mismo precio por el que le hubieran sido vendidas.

Todo ello sin perjuicio de los derechos de indemnización que puedan corresponder a la parte acreedora por los daños y perjuicios derivados de los incumplimientos contractuales en que hubiera podido incurrir el deudor. Esta normativa tiene carácter marcadamente imperativo y la disposición decreta la nulidad de cualquier pacto en contrario.

La Ley permite al distribuidor llevar a cabo la cesión total o parcial del contrato de distribución cuando el cesionario se comprometa por escrito a mantener la organización, estructura y recursos que aquél tenía destinados o afectos a la actividad de distribución. Lo que facilitará las operaciones de transmisión del establecimiento mercantil del distribuidor, incluyendo el contrato de distribución, al no exigir para ello la autorización o consentimiento expreso del proveedor.

Como en el contrato de agencia, la competencia territorial para conocer de las acciones derivadas de estos contratos se atribuye al juez del domicilio del distribuidor, declarándose nulo cualquier pacto en sentido distinto.

En torno a la figura y a su problemática actual, puede consultarse la información publicada en la página Web de la Federación de Asociaciones de Concesionarios de la Automoción (FACONAUTO) www.faconauto.com. Resulta asimismo de interés la consulta de la Web de la Asociación Española de Fabricantes de Automóviles y Camiones (ANFAC) www.anfac.es.

5. Contrato de franquicia o «franchising»

5.1. Concepto, naturaleza jurídica y función económica

El contrato de franquicia es aquel por el que un empresario (franquiciador o franquiciante) se obliga a ceder a otro (franquiciado), a cambio de una contraprestación económica, medios y conocimientos adecuados para la explotación en régimen de franquicia de una actividad empresarial, con el fin último de promover y potenciar la contratación en el mercado de determinados bienes o servicios.

Nos hallamos nuevamente ante un contrato sui generis de colaboración inter-empresarial, cuya finalidad es el establecimiento de una relación o vínculo de carácter asociativo entre empresarios. La franquicia tiene un importante componente fiduciario y comporta un mayor grado de integración entre las partes, en comparación con otros contratos de comercialización.

La función económica de la franquicia es la constitución de redes estables de distribución de productos o servicios, basadas en relaciones de colaboración empresarial de tipo asociativo o cuasi asociativo. De una parte, contribuye a la expansión en el mercado de actividades empresariales y, de otra, favorece el acceso a dicho mercado de nuevos operadores, agrupados bajo una misma estructura organizativa. El resultado es una simbiosis de riesgos e inversiones, dirigida a un mejor aprovechamiento de las sinergias económicas de los contratantes.

No existe una regulación completa y detallada del contrato de franquicia, lo que le convierte en un contrato fundamentalmente atípico y deja un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes. Ello no obstante, las denominadas franquicias comerciales cuentan con una normativa fragmentaria, contenida en la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (art. 62) y el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se desarrolla el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia.

La Ley 7/1996 define (art. 62.1) la «actividad comercial en régimen de franquicia» como la llevada a cabo en virtud del contrato por el que una empresa franquiciadora cede a otra franquiciada «un sistema propio de comercialización de productos o servicios». El Real Decreto 201/2010 va más allá y refiere la operación (art. 2.1) a un mercado determinado, al tiempo que concreta la prestación del franquiciador en la cesión, «a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas», del «derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil», que el primero hubiera venido desarrollando anteriormente «con suficiente experiencia y éxito» en orden a la comercialización de determinados tipos de productos o servicios; comprendiendo al menos: a) la utilización de simbología u otros derechos de propiedad intelectual o industrial (incluida la disposición uniforme de los locales o medios de transporte); b) la comunicación de conocimientos técnicos o un «saber hacer propio, sustancial y singular»; y c) la prestación continuada por el franquiciador de «asistencia comercial, técnica o ambas» al franquiciado durante la vigencia de la relación (sin perjuicio de las facultades de supervisión que pudieran estipularse).

Esta norma reglamentaria alude asimismo (art. 2.2) a los denominados acuerdos –rectius contratos– de «franquicia principal» o «maestra», por los que un franquiciador otorga a otro empresario o franquiciado principal, como contrapartida, el derecho de explotar una franquicia mediante la conclusión, a su vez, de contratos de franquicia con terceros (sub-franquicias), conforme al sistema definido por el franquiciador principal, asumido en ellos el franquiciado principal la posición de franquiciador en un mercado determinado.

Finalmente, también niega la consideración de franquicia los contratos propiamente de concesión mercantil o de distribución en exclusiva, por los que un empresario se compromete a adquirir de otro productos normalmente de marca, en determinadas condiciones, disfrutando de una cierta exclusividad zonal, y a revenderlos también bajo ciertas condiciones, así como a prestar a los adquirentes de tales productos asistencia post-venta (art. 2.3. Tampoco serían franquicias, individualmente considerados, los contratos de licencias de fabricación, de cesión de marca u otros signos distintivos o de transferencia de tecnología (art. 2.4).

Más allá de esta regulación de ordenación económica, nada parece obstar a la posibilidad de extender analógicamente a la franquicia –en la medida en que no contravenga su naturaleza jurídica– la normativa reguladora del contrato de agencia, como prototipo de contrato de colaboración empresarial estable.

5.2. Elementos

Es un contrato netamente mercantil, que vincula a dos empresarios en su respectiva posición de franquiciador o franquiciante y de franquiciado.

Tras su modificación por el Real Decreto-Ley 20/2018, la Ley 7/1996 ha dejado de imponer a los empresarios franquiciadores el deber de comunicar el inicio de su actividad al Registro de Franquiciadores que había sido creado al efecto en el Ministerio de Industria. La reforma dejó también sin efecto el régimen interno y de funcionamiento del citado Registro contenido en el –derogado capítulo III– del Real Decreto 201/2010.

La franquicia es un contrato consensual, aunque lo normal es que se formalice por escrito, en todo o en parte, para dotar de mayor seguridad a la relación y favorecer la prueba de su contenido. En este sentido, la Ley 7/1996 impone (art. 62.2) a las empresas que pretendan conceder franquicias comerciales la obligación de proporcionar a sus futuros franquiciados, con un mínimo de veinte (20) días de antelación al contrato o a la realización de cualquier pago, la información escrita necesaria para que estén en condiciones de decidir con conocimiento de causa su integración o no en la red de franquicia. Dicha información precontractual comprenderá los datos principales de identificación del franquiciador, el sector de actividad de su negocio de franquicia, el contenido y características de la franquicia y de su explotación, la estructura y extensión de la red y los elementos esenciales del contrato.

Estas menciones han sido, a su vez, objeto de desarrollo reglamentario por el Real Decreto 201/2010, que pone el acento en el carácter veraz y no engañoso de dicha información. Entre los datos identificativos del franquiciador incluye no solo los relativos a su identidad sino también, cuando se trate de una compañía mercantil, de los atinentes al capital social y su grado de desembolso, además de los referidos a su inscripción registral. Tratándose de un franquiciado principal, se extenderán también a los de su franquiciador. De igual modo, la acreditación de la titularidad o vigencia de la licencia de uso sobre los signos distintivos del negocio y, eventualmente, las impugnaciones judiciales de que pudieran ser objeto. Debe aportar, además, una definición general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia y de los aspectos más relevantes del mismo; así como una memoria conteniendo la evolución histórica de la empresa franquiciadora,

con sus principales etapas y el desarrollo de su red de franquicia. Otra información a proporcionar es la descripción del sistema del negocio sobre el que se proyectará la franquicia, las características del saber hacer y la asistencia comercial o técnica permanente ofrecida a los franquiciados y una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha de un negocio tipo. Las previsiones de cifras de ventas o resultados de explotación que el franquiciador pueda proporcionar a su futuro franquiciado deberán basarse en experiencias o estudios suficientemente documentados. El franquiciador informará asimismo acerca de la estructura y extensión de la red de franquicia en España, incluyendo su forma de organización y los establecimientos que tenga implantados, diferenciando entre los explotados directamente por él y los operados en régimen de franquicia, con indicación de su ubicación y del número de franquiciados que hayan dejado de pertenecer a la red en España en los dos (2) últimos años, junto con los motivos de su cese.

Finalmente, el franquiciador está obligado a poner en conocimiento del futuro franquiciado los elementos esenciales del contrato de franquicia, como son los derechos y obligaciones de las partes, la vigencia en el tiempo de la relación, las causas de resolución y, en su caso, de renovación, así como las contraprestaciones económicas, los pactos de exclusiva y las limitaciones de disponibilidad por parte del franquiciado sobre el negocio objeto de franquicia.

De otra parte, el Real Decreto 201/2010 menciona la posibilidad de que el franquiciador imponga al potencial franquiciado un deber de confidencialidad sobre la información precontractual que reciba.

El incumplimiento de esta normativa constituirá, de entrada, una infracción en principio «leve» (art. 64 h) de la Ley 7/1996) de la ordenación económica del comercio minorista, sancionable en el plano meramente disciplinario. Pero también puede afectar a la validez jurídica del consentimiento contractual del franquiciado y constituir una causa de anulación del contrato, conforme a lo prevenido en el Código Civil (arts. 1300 y ss.).

Los elementos reales del contrato de franquicia difieren sustancialmente en cada caso, habida cuenta de la diversidad de actividades empresariales y la complejidad de aspectos que pueden concurrir en este tipo de relaciones de colaboración empresarial.

Las prestaciones contractuales de franquicia pueden recaer tanto sobre bienes como sobre servicios. Aunque, el verdadero objeto del contrato son las ideas empresariales de negocio llamadas a promover la distribución en el mercado de unos y otros. De ahí que el contenido de las prestaciones sea muy diverso y se proyecte por lo general sobre ámbitos de actividad muy diferentes.

Los elementos reales del contrato de franquicia difieren sustancialmente en cada caso, habida cuenta de la diversidad de actividades empresariales y la complejidad de aspectos que pueden concurrir en este tipo de relaciones de colaboración empresarial.

Las prestaciones contractuales de franquicia pueden recaer tanto sobre bienes como sobre servicios. Aunque, el verdadero objeto del contrato son las ideas empresariales de negocio llamadas a promover la distribución en el mercado de unos y otros. De ahí que el contenido de las prestaciones sea muy diverso y se proyecte por lo general sobre ámbitos de actividad muy diferentes.

5.3. Contenido y efectos

El contenido del contrato de franquicia es complejo, incluyendo prestaciones de muy diversa naturaleza. En realidad, nos hallamos ante un contrato marco que se traduce, generalmente, en múltiples transacciones de dar y de hacer a cargo de una y otra parte. En este sentido, el contenido de las obligaciones y los derechos asumidos por las partes pueden ser muy distintos, dependiendo de lo estipulado en el contrato.

En lo fundamental, el franquiciante se obliga a hacer partícipe al franquiciado de su proyecto empresarial, transfiriéndole conocimientos y su saber hacer para el desarrollo del negocio. Ello puede incluir no sólo ideas y secretos industriales en sentido amplio sino también derechos protegidos por títulos de propiedad industrial. Lo que constituye también al franquiciado en el deber de mantener su confidencialidad, así como de respetar y preservar los derechos de su principal.

De igual modo, el franquiciante vendrá obligado a prestar su colaboración al franquiciado en el desarrollo de las actividades objeto de franquicia, de buena fe, proporcionándole apoyo y asistencia.

Es habitual que el franquiciante conceda, además, al franquiciado licencias sobre marcas o nombres comerciales para que gire en el mercado bajo su simbología empresarial y mantener así una misma imagen corporativa.

En las franquicias de producto, el franquiciante se obliga a entregar o suministrar al franquiciado los bienes estipulados en el contrato, ya sean materias primas, productos elaborados, piezas de recambio u otros. Sin embargo, en las de servicios, el empresario franquiciante suele proporcionar al franquiciado el instrumental y los medios adecuados para el desarrollo de sus funciones en el mercado de referencia.

Entre las prestaciones a llevar a cabo por el franquiciador, destaca especialmente la de asumir la promoción publicitaria del negocio objeto de la franquicia, aunque su coste puede venir repartido entre las partes.

En general, el franquiciado se compromete a dotar su establecimiento mercantil de los medios adecuados para el desarrollo de la actividad comercializadora, de producción de bienes o de prestación de servicios, objeto de la franquicia; de conformidad con lo estipulado por las partes y respetando las instrucciones que pueda impartir el franquiciante en el ejercicio de las facultades que le atribuye el contrato.

A esta prestación básica de comercialización añaden algunas franquicias (industriales) la participación directa del franquiciado en los procesos de fabricación de los productos o de prestación de los servicios, sirviéndose de técnicas y conocimientos, patentados o secretos, del franquiciador; lo que se traduce en una mayor implicación del colaborador en la actividad empresarial de su principal.

Muchas relaciones de franquicia conllevan pactos de exclusividad por los que una o ambas partes asumen compromisos de no competencia al tiempo que se obligan a reconducir al contrato de franquicia toda su actividad empresarial, dentro de un determinado territorio o área geográfica.

El franquiciado deberá abonar al franquiciante las retribuciones y contraprestaciones dinerarias fijadas por la adquisición de bienes y de medios o por los servicios de apoyo y asistencia que le presta su principal.

La retribución a satisfacer por el franquiciado puede consistir en una parte de los ingresos o beneficios obtenidos por el mismo en el ejercicio de su actividad.

5.4. Incumplimiento, responsabilidad y extinción

El incumplimiento, grave o reiterado, por cualquiera de las partes de sus obligaciones contractuales dará derecho a la otra a optar entre exigir el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato.

Cuando la falta de cumplimiento fuera jurídicamente imputable a la parte incumplidora, el acreedor podrá exigir además la reparación de los daños y perjuicios causados, lo que se traducirá generalmente en el pago por el responsable de una indemnización dineraria.

Los contratos de franquicia por tiempo determinado se extinguen a su vencimiento, salvo que las partes decidan prorrogar su vigencia o proceder a su renovación. Los concertados por tiempo indefinido, habida cuenta de su carácter fiduciario, se extinguirán por la voluntad unilateral de

cualquiera de las partes, comunicada a la otra con un plazo de antelación razonable y respetando las exigencias del postulado general de buena fe.

La extinción del contrato de franquicia nos sitúa ante la cuestión fundamental de decidir si se debe reconocer o no al franquiciado un derecho de indemnización por clientela y, en los concertados por tiempo indefinido, otro por los daños y perjuicios causados al mismo por la realización de inversiones no amortizadas. En una palabra, si la posición del franquiciado es análoga en estas situaciones a la del agente.

En lo que respecta a la indemnización por clientela, la cuestión no puede plantearse en términos absolutos y debe abordarse partiendo de las características de cada relación y tomando en consideración la fuente generadora de la clientela, además de su adscripción final al franquiciante o al franquiciado. En otras palabras: si se estima que la clientela aprovechará en el futuro al franquiciante y que ha sido generada con motivo de la labor desarrollada por el franquiciado parece razonable equipararlo a estos efectos con el agente y darle un tratamiento análogo; pero no así en el caso de que dicha clientela siga vinculada al propio franquiciado o cuando la misma hubiera sido generada por el esfuerzo y reputación del franquiciante.

Nada obsta, por lo demás, a la atribución al franquiciado de un derecho de indemnización por daños derivados de la falta de amortización de las inversiones específicas que hubiera llevado a cabo inducido por el franquiciante, que luego insta la extinción del contrato.

Se puede recabar información y documentación sobre el mercado de las franquicias en diversos portales de Internet y, muy particularmente, en la Web de la Asociación Española de Franquiciadores www.franquiciadores.com.

6. Contratos de comercialización a través de Internet

La labor comercializadora también puede articularse mediante el recurso a técnicas de comunicación a distancia, empleadas por empresarios que se encargan no sólo de promover la contratación *in absentia* de los productos o servicios de otros, sino también de organizar sistemas de contratación basados en el correo postal, el teléfono o el fax; y, sobre todo, Internet.

En efecto, el creciente desarrollo experimentado por el comercio electrónico o «e-commerce» ha venido acompañado del establecimiento de plataformas empresariales dirigidas a promover la contratación a través de Internet de todo tipo de productos o servicios. Algunas se han convertido en verdaderos casos de éxito de nuestro tiempo, como los protagonizados por «Amazon», «Alibaba» o «eBay».

La Ley 34/2002 considera servicios de la sociedad de la información, aquellos servicios onerosos, prestados a distancia por vía electrónica y a petición individual del destinatario que, constituyendo una actividad económica, se dirigen a la organización y gestión de mercados y centros comerciales virtuales. Actividades todas ellas mencionadas en las definiciones incluidas en su Anexo.

Los destinatarios de los productos o servicios ofertados por este medio pueden ser tanto empresarios como consumidores, de modo que la labor comercializadora desarrollada por estos empresarios de la sociedad de la información podrá ir dirigida a promover la contratación entre empresarios (B2B) o la contratación entre empresarios y consumidores (B2C); aunque en ocasiones también se desenvuelve en el ámbito de las relaciones entre consumidores, sirviendo de soporte al denominado «consumo colaborativo» (C2C).

El Real Decreto Legislativo 1/2007, al ocuparse de los «servicios de intermediación en los contratos a distancia», se refiere a los «operadores de las técnicas de comunicación a distancia» empleadas por los empresarios en su tráfico, para imponerles el deber de velar, «en la medida de sus posibilidades», por el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los empresarios que ofertan de este modo sus productos o servicios; así como por el respeto de los derechos legalmente reconocidos a los consumidores y usuarios. Sin embargo, acaba remitiéndose a la aplicación de la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico por lo que respecta a los «prestadores de servicios de intermediación» que desarrollan su actividad en el marco de la sociedad de la información. Cfr. su art. 95.

La Ley 34/2002 dedica un capítulo (el II de su Título II) a las obligaciones y el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, aunque su normativa es muy sesgada y se limita, básicamente, a ciertos aspectos relacionados con la información y la imposición a aquéllos de deberes de colaboración con la autoridad «competente». En lo tocante a la responsabilidad de estos empresarios, la Ley declara la sujeción de los mismos a la «responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico»; al tiempo que establece las pautas que les permiten eximirse de responsabilidad por los datos y contenidos introducidos por los usuarios de sus servicios.

Ahora bien, es evidente que los grandes comercializadores de Internet no son en modo alguno ajenos a los contratos relativos a los productos o servicios que se celebran ante ellos, desde el momento en que se llevan a cabo a través de sus plataformas informáticas de contratación a distancia y con arreglo a los clausulados o condicionados generales predispuestos por los mismos para regular su cumplimiento.

En la práctica, la posición de preeminencia de los empresarios dedicados a la explotación de este tipo de portales de Internet ha terminado por desdibujar el contenido y los perfiles propios de las relaciones contractuales que concurren en las operaciones mercantiles promovidas por los mismos. De modo que la cuestión jurídica fundamental estriba en determinar el grado cierto de implicación y la posición de estos comercializadores en los contratos que otros celebran en sus plataformas informáticas.

Por lo común, la posición nuclear que estos empresarios de la sociedad de la información desempeñan en las operaciones va mucho más allá de la función de un simple mediador o de un representante directo, y puede dar pie a considerarlos parte contratante. Lo que comportará también su eventual responsabilidad en caso de incumplimiento de los contratos celebrados a través de sus plataformas de comercialización. Sobre todo, frente a los destinatarios de los productos o servicios que tengan la consideración de contratantes de buena fe. Esta consideración resulta difícilmente cuestionable cuando esos mismos prestadores de servicios de la sociedad de la información colaboren activamente con los proveedores en los procesos de ejecución de los contratos, proporcionándoles infraestructura empresarial y apoyo logístico para la entrega de los productos a sus clientes; o poniendo a su disposición sistemas de pago y de cobro.

7. Contratos de comercialización y libre competencia

Los contratos de comercialización, en general, y los de distribución y franquicia, en particular, constituyen lo que en el Derecho de la Competencia se conoce como «acuerdos verticales», cuyos efectos alcanzan, en mayor o menor medida, a las condiciones de la oferta en el mercado de los productos o servicios sobre los que recaen.

El establecimiento de este tipo de relaciones de colaboración comercial debe respetar en todo caso los dictados de la normativa de defensa de la competencia.

- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Real Decreto 261/2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.
- Real Decreto 378/2003, de 28 marzo, por el que se desarrolla la antigua Ley 16/1989 en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia (en la parte no derogada por el RD 261/2008).
- Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril de 2010, de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

- Reglamento (UE) 461/2010, de 27 de mayo, de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor.

LmpA