C/M/S/ Albiñana & Suárez de Lezo

PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Junio 2011

ALERTA COMPETENCIA & DISTRIBUCIÓN

Junio 2011

PROYECTO DE LEY DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Introducción

1. El pasado 29 de junio se publicó en el Boletín del Congreso el **Proyecto de Ley de Contratos de Distribución**, que será tramitado por el procedimiento de urgencia, abriéndose plazo para la presentación de enmiendas hasta el 8 de julio.

2. Es posible que el Proyecto presente una redacción más depurada que el Anteproyecto[1]. No obstante, en nuestra opinión, **queda mucho por hacer**.

   El Proyecto sigue consistiendo básicamente en una enumeración de principios generales –más bien inútil, pues ya se recogen en las normas sobre obligaciones y contratos (vid. arts. 1255 y 1258 CC)– y en una recopilación, en exceso exhaustiva y detallista, de las cláusulas más comunes en estos contratos. Ello arroja un resultado en muchas ocasiones confuso, mezclándose sin orden ni concierto estipulaciones pensadas específicamente para cada uno de los tipos de distribución regulados (distribución exclusiva, selectiva, concesión, franquicia, etc.) y que resultan extrañas a las demás figuras, e incluyendo de vez en cuando, y sin mucho acierto, remisiones a ciertas reglas del Derecho de la Competencia aplicables a los acuerdos verticales, y que ya vienen recogidas en el Reglamento 330/2010 comunitario y en sus directrices de aplicación.

3. A continuación **nos limitaremos a analizar aquellos aspectos que pueden tener alguna eficacia sustantiva**, por ser de aplicación imperativa o supletoria en defecto de pacto expreso, con especial mención a la indemnización por clientela por ser el aspecto más polémico de toda la regulación.

Principales aspectos sustantivos

4. La primera cuestión relevante aparece en el art. 10 sobre *deberes de información*, que reconoce **la validez de las cláusulas de revisión de tarifas unilateralmente por el proveedor** y establece que, en defecto de pacto, la actualización entrará en vigor a los 30 días de su comunicación.

5. El art. 12 dice que ***"el proveedor no podrá obligar a la compra de lotes o series de suministro con productos no requeridos por el distribuidor"***. Se trata de una norma imperativa, pensada seguramente para satisfacer a los concesionarios en su lucha con los fabricantes de automóviles, pero claramente desafortunada al extender su aplicación a todos los tipos de contratos salvo –se agradece la excepción– a la distribución selectiva. Piénsese en el franquiciatario que debe replicar el mismo modelo de negocio que el propuesto por el franquiciador; o también en el contrato de distribución exclusiva en el que el fabricante tiene todo el interés en que sus distribuidores promuevan la venta de toda una gama de productos.

   Al respecto, cabe plantearse si las previsiones de la normativa de competencia sobre la *vinculación* de productos no son ya suficientes para proteger al distribuidor, particularmente en aquellos casos en los que el proveedor se encuentre en una posición de dominio.

[1] Comentarios al Anteproyecto

6. A continuación cabe citar el art. 18.2 sobre ***Cesión de contrato*** y en el que se reproduce el mismo *pecado* al que nos acabamos de referir.

En contra del principio *intuitu personae* (me obligo frente a quien quiero y el deudor no puede cambiar sin mi consentimiento, art. 1205 CC), el Proyecto autoriza al distribuidor, sin posibilidad de pacto en contrario, a ceder total o parcialmente su posición en el contrato *"si la cesionaria pertenece a la red de distribución integrada del proveedor o se compromete por escrito a mantener la organización, medios y recursos que el cedente mantenía afectos a la actividad de distribución"*.

Si el primer caso podría tener, quizás, alguna justificación –con limitaciones: cuando el cesionario sea un mal pagador u obtiene unos resultados mediocres en su labor de promoción[2]– el segundo parece absolutamente desproporcionado, pues en la práctica abre la puerta a cualquier acuerdo de cesión sin consentimiento del proveedor. Ni siquiera la Ley del Contrato de Agencia (LCA) es tan protectora.

7. El apartado 2 del art. 23 sobre *Extinción de los contratos por tiempo indefinido* extiende la regulación de la LCA sobre **plazos mínimos de preaviso** a todos los contratos de distribución y obliga –de manera incomprensible en nuestra opinión, pues se trata de proteger al distribuidor– a que los plazos sean iguales para ambas partes.

Tampoco estamos de acuerdo con este apartado, y menos con su carácter imperativo, pues son muchos los casos en los que, por las características de las relaciones y los efectos que ello tiene en la esfera económica de las partes (por ejemplo, evitar un desabastecimiento del mercado, la denigración de la marca, una vaciamiento del mercado, etc.), el plazo de preaviso a dar por el proveedor debe poder ser inferior, como así ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia, que se ha mostrado partidaria de solucionar estas cuestiones caso por caso, conforme a los principios de buena fe y equidad.

Además, sorprende que en el apartado siguiente, al tratar las cláusulas "anti-hipermercados" –que protegen a los proveedores con una excesiva dependencia de un solo cliente y que ya se regulan en el artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal– se establezca curiosamente la posibilidad de pacto en contrario, en clara contradicción con lo que acaba de exponerse.

[2] Además de la dificultad de determinar cuándo estamos en un caso de "distribución integrada", dada la redacción del art.1d).

8. En el art. 25 se regulan ***las indemnizaciones a la extinción del contrato*** y, en concreto, la posible –y polémica– extensión de la regulación de la LCA sobre **indemnización por clientela** a todos los contratos de distribución (incluidos, por tanto, los de franquicia en los que, al menos hasta ahora, la aplicación analógica de la regulación de la LCA no se planteaba).

Nos encontramos con **el principal cambio respecto del Anteproyecto** hasta el punto de que, según la redacción actual, la **regla general** es que el proveedor **no está obligado** a compensar por la clientela generada durante la relación, si bien se señala después que la indemnización procede ***"excepcionalmente"*** cuando se den, **cumulativamente** (ahora si) las tres circunstancias siguientes:

(a) que se hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes;

(b) que se acredite que la clientela seguirá produciendo ventajas sustanciales al proveedor; y

(c) que se haya incluido un pacto de no competencia post-contractual[3].

"Hecha la ley, hecha la trampa": basta con que el proveedor renuncie a incluir este pacto para librarse de una vez por todas de la indemnización.

En cuanto a la **cuantía**, resulta llamativo –y desproporcionado– que el límite máximo se fije en la media anual del importe neto de las ventas del distribuidor, excediendo en mucho lo previsto en la LCA (la media anual de las comisiones percibidas del agente). ¡Ni siquiera se refiere a las ventas de los productos que son objeto del contrato!

Y también sorprende el hecho de que, según la redacción propuesta, corresponderá satisfacer la indemnización por clientela incluso en caso de denuncia del contrato por el distribuidor, apartándose de nuevo de la regulación del LCA.

Finalmente, **no se aclara si cabe excluir la indemnización expresamente en el contrato**, tal y como admite la jurisprudencia más reciente. En nuestra opinión, la vigencia –tantas veces reiterada en el texto del Anteproyecto– del principio de autonomía de la voluntad; el que se reconozca su inexistencia

[3] Por cierto que la duración del pacto de no competencia no podrá exceder de un año con independencia del tipo de contrato que se trate, cuando lo cierto es que el Reglamento 330/ 2010 es más estricto al respecto y solo exime automáticamente este tipo de pactos (con un máximo de un año de duración) para el caso de las franquicias.

como regla general y su *carácter excepcional,* abogan a favor del carácter dispositivo de la norma.

9. Finalmente, a diferencia del Anteproyecto, la nueva propuesta prevé que la Ley se aplique a los contratos concluidos **con posterioridad** a la entrada en vigor de la ley, así como a las renovaciones, prórrogas, novaciones y tácitas reconducciones de los contratos concluidos anteriormente, que se produzcan tras su entrada en vigor.

Conclusión

10. En definitiva, como decíamos al inicio, queda mucho por hacer: simplificar la redacción, evitar la aplicación generalizada de determinadas soluciones pensadas para un tipo de contrato específico –o incluso para un sector empresarial en particular– al conjunto de contratos de distribución (en especial, en el caso de la franquicia, teniendo en cuenta sus especificidades), coordinar mejor la normativa con las prescripciones del Derecho de la competencia, etc.

Suerte (quizás) que, teniendo en cuenta lo que queda de legislatura, parece poco probable que haya tiempo para su aprobación.

Si desea recibir más información sobre esta Alerta, puede ponerse en contacto con:
Diego Crespo
Socio del Departamento de Derecho de la UE y de la Competencia
diego.crespo@cms-asl.com
María Arruñada
Abogado Asociado del Departamento de Derecho de la UE y de la Competencia
maria.arrunada@cms-asl.com
Tel. 91 451 93 00

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, C/ Génova, 27 – 28004 Madrid – España
T +34 91 451 93 00 – F +34 91 442 60 45 – madrid@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es una de las firmas de abogados con más historia y prestigio del mercado español, con oficinas en Madrid, Sevilla y Marbella. Combinamos tradición y vanguardia, especialización y cercanía como valores para lograr la máxima satisfacción de los clientes.
Con cerca de 90 abogados, nuestra finalidad es mantener una relación estrecha de trabajo con el cliente para comprender y anticipar sus necesidades y estar a su entera disposición para llevar a cabo sus objetivos de negocio.
Como Despacho multidisciplinar, ofrecemos a través de nuestras distintas áreas de experiencia un servicio completo de asesoramiento legal y fiscal que cubre todas las necesidades de nuestros clientes.

CMS Albiñana y Suárez de Lezo pertenece a la organización CMS que integra a los principales despachos europeos independientes y cuya ambición es la de ser reconocida como la mejor firma de servicios legales y fiscales en Europa.

www.cms-asl.com | www.cmslegal.com

Los despachos miembros de CMS son: CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia); CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (España); CMS Bureau Francis Lefebvre (Francia); CMS Cameron McKenna LLP (Reino Unido); CMS DeBacker (Bélgica); CMS Derks Star Busmann (Holanda); CMS von Erlach Henrici Ltd. (Suiza); CMS Hasche Sigle (Alemania) y CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Austria).

Las oficinas CMS son: Ámsterdam, Berlín, Bruselas, Londres, Madrid, París, Roma, Viena, Zúrich, Aberdeen, Argelia, Amberes, Arnhem, Beijing, Belgrado, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Colonia, Dresde, Dusseldorf, Edimburgo, Estrasburgo, Frankfurt, Hamburgo, Kiev, Leipzig, Liubliana, Lyon, Luxemburgo, Marbella, Milán, Montevideo, Moscú, Múnich, Praga, Sao Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghái, Sofía, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Varsovia y Zagreb.