

ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Junio 2011

ALERTA - DISTRIBUCIÓN

Junio 2011

ANTEPROYECTO DE LEY DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

La disputa pública que enfrentó a fabricantes y concesionarios de automóviles en los últimos meses, provocada por la tramitación de una enmienda a la Ley de contrato de agencia que contenía una regulación delirante de los contratos de concesión en el sector del automóvil se saldó con un compromiso del Ministerio de iniciar los trámites para promulgar una Ley de Contratos de Distribución a la mayor brevedad. Este es el primer paso.

No nos consta que se haya publicado por el Ministerio o por la Presidencia del Gobierno pero se puede encontrar en la [página web de la federación de vendedores de prensa](#).

Esta Alerta repasa el contenido del Anteproyecto y se detiene brevemente en la cuestión más polémica: la regulación de la indemnización por clientela en los contratos de distribución.

Si desea recibir más información sobre esta Alerta, puede ponerse en contacto con:

Jesús Alfaro

Socio del Departamento de Derecho de la Competencia y UE

Tel. (34) 91 451 93 00

jesus.alfaro@cms-asl.com

Viene sucediendo en los últimos años que los anteproyectos y proposiciones de Ley tienen poco contenido sustantivo y mucho de *window dressing* o de leyes para el escaparate. Especialmente de lamentar resultan las **leyes** que podríamos llamar **pedagógicas**. El legislador parece haber olvidado que las Leyes no son tratados ni informes sobre una actividad ni tampoco declaraciones sobre la concepción que, de dicha actividad, tienen en un Ministerio.

El anteproyecto de Ley de los Contratos de Distribución está lleno de normas que carecen de contenido prescriptivo y que se limitan a describir – sin delimitar ámbito de aplicación de la norma – o a reproducir, con riesgo de inexactitudes y ambigüedades, el contenido de otras normas. El Derecho y, especialmente, el Derecho Privado es un sistema y la regulación de una institución concreta (contratos de distribución) no puede incluir la reproducción de las normas que se aplican a la institución más general en la que se encuadra (contratos). Hubiera sido preferible añadir unos pocos artículos al Código de Comercio y hacer una remisión analógica a la Ley de Contrato de Agencia.

Como veremos, **hay numerosas cuestiones reguladas en la Ley que lo están también en la Ley de Contrato de Agencia** y, siendo la *ratio* de estas últimas normas perfectamente trasladable a los contratos de distribución en general, su calidad técnica es muy superior.

1. La **Exposición de Motivos justifica la promulgación de la Ley en la necesidad de reducir la conflictividad en el sector. Y, acertadamente a nuestro juicio, regula las cuestiones que se han revelado más dudosas en lugar de seguir una estructura tipológica.** Es decir, no se contiene una regulación de la franquicia, de la concesión, etc., sino que se establece una regulación, en principio idéntica, para cada una de las cuestiones que se plantean en la generalidad de los contratos que articulan las relaciones de distribución.
2. Dicho lo cual, no entendemos que se añada que *“no se ha querido dejar la oportunidad de introducir una enumeración de los tipos contractuales que suelen ser más utilizados... con el objeto de facilitar su identificación a las partes”*.

No parece que facilitar la identificación del contrato justifique llenar el BOE de artículos que carecen de aplicación. Sobre todo porque (i) no hay nada más fácil que identificar los distintos tipos de contratos de distribución y (ii) el anteproyecto introduce cierta confusión al mezclar categorías jurídicas (art. 2) y categorías más propias del *marketing* (art. 1). Este mismo defecto se reproduce en otros preceptos del anteproyecto.

No es correcto, por ejemplo, el art. 4.3 cuando dice que *“cuando el diseño de una red de distribución, por atribución contractual o situación de hecho (terminología de marketing, no jurídica) implique la atribución a un proveedor de un poder de dirección comercial sobre una pluralidad de distribuidores coordinados, dicho poder deberá ejercerse bajo (rectius, según) los principios de responsabilidad (¿qué quiere decir? ¿Que el fabricante ha de actuar racionalmente? Quizá lo que quiere decir es que todo “poder” implica “responsabilidad” y, en este sentido, es una norma superflua: se aplican las reglas generales sobre responsabilidad contractual y extracontractual), desarrollo en interés común e información a los partícipes (otra vez, termino-*

logía propia del *marketing*. Jurídicamente, la idea está incluida ya en la obligación de *“buena fe en la interpretación y ejecución de los acuerdos”* recogida en el art. 4.1. La buena fe en la ejecución de los acuerdos obliga al que puede influir en la esfera jurídica de otro – el fabricante en la esfera del distribuidor – sin su consentimiento a tener en cuenta los intereses de este otro cuando adopta decisiones unilaterales para las que está facultado por el contrato: art. 1258 CC).

Tampoco es necesario el art. 4.4. Es obvio que los contratos solo se modifican con el consentimiento de las partes que lo celebraron (art. 1255 CC) y, en tal caso, - si los dos están de acuerdo, no tienen por qué justificar su decisión (*“obedeciendo en todo caso a los principios de motivación y no discriminación o abuso de dependencia”*): **stat pro razione, voluntas**. Parece que la norma se refiere al supuesto de **derechos unilaterales de configuración** del contrato, esto es, a derechos potestativos unilaterales que el contrato confiere al fabricante. Pero entonces, no se trata de una cuestión de modificación del contrato, sino de *integración* del mismo y, por tanto, estamos en el ámbito del control del ejercicio de los derechos (buena fe y prohibición de abuso art. 7 CC).

En fin, “cien años de dogmática contractual nos contemplan” y el legislador debería abstenerse de realizar formulaciones defectuosas y poco elegantes.

3. En cuanto a la **definición legal de contrato de distribución**, *“una persona... se obliga... a realizar actos u operaciones de comercio... relacionada con la venta de productos, servicios... de manera... estable.. actuando como comerciante independiente y asumiendo el riesgo y ventura de tales operaciones”*.

La definición no es buena, pero es irrelevante. Porque, como veremos, **apenas hay normas sustantivas en la Ley**, de modo que delimitar correctamente el ámbito de aplica-

ción (función de estas definiciones legales) es irrelevante.

Además, se excluye expresamente la agencia (art. 3 a) que podría entrar en la definición del art. 1. Lo que distingue a los contratos de distribución de los de agencia es algo perfectamente sabido. Incluso demasiado analizado por culpa del Derecho europeo de la competencia que ha obligado a distinguir entre contrato de agencia en el sentido de la Ley de Contrato de Agencia y contratos de agencia “genuinos” en función de cómo se distribuyan los riesgos (fundamentalmente comerciales y financieros) entre fabricante y distribuidor. En todo caso, la definición no incluye lo esencial de la distribución: trasladar a los consumidores los productos de un fabricante adquiriéndolos y revendiéndolos. Es decir, la causa del contrato de distribución es la **promoción de la venta de los productos de otro**. Sin esta causa de promoción, no hay posibilidad de distinguir los contratos de distribución de los contratos de suministro (art. 3 c).

4. Las **exclusiones** (art. 3) se basan en que hay normas especiales de preferente aplicación aunque, en nuestra opinión, deberían meditar algo más. Bastaría con decir, como dice la Ley de Contrato de Agencia que la Ley de contratos de Distribución será de aplicación supletoria respecto de normas especiales (3 a, g). Así, está justificada la exclusión de relaciones contractuales regidas por el Derecho laboral (art. 3. b) así como aquellas que se deducen negativamente de la definición de contrato de distribución (art. 3 c e i en relación con art. 1) pero se entiende menos, por ejemplo, que la Ley de Contrato de Agencia se aplique supletoriamente a las agencias de seguros o de servicios financieros y que la Ley de Contratos de Distribución no se aplique supletoriamente a los contratos de distribución en el ámbito financiero y en el de seguros (haya o no contratos de distribución en este ámbito).

5. La práctica legislativa de meter “**principios rectores**” en normas que podrían incluirse perfectamente en el Código de Comercio debería abandonarse. Porque estos principios rectores no son tales. Se refiere el artículo 4 a los siguientes: **libertad contractual** (ya está en el art. 1255 CC); “**igualdad de trato entre las partes**” que no sabemos qué significado tiene. Es evidente que dos particulares que contratan entre sí son considerados iguales ante la Ley. En cuanto al “**interés mutuo**”, es todavía menos comprensible. Es obvio que los contratos se celebran cuando su celebración va en interés de ambas partes, pero eso es algo que deciden las partes, no algo que el legislador pueda/deba regular. ¿Significa que cabe la **rescisión por lesión** en los contratos de distribución? Por último, la “buena fe en la ejecución e interpretación” de los contratos está recogida en el art. 1258 CC, en el art. 57 C de c, en el art. 1281 y ss CC... No hacía falta recogerlo en otra norma. Nuestro legislador ha olvidado hace muchos años ya el encaje sistemático de las normas que promulga.
6. El art. 4.2 recoge el **carácter independiente del distribuidor respecto del proveedor**. La norma es una obviedad y reitera lo dispuesto en el art. 1.1: (“*como comerciante independiente*”) y, lo que es menos bueno, no resuelve ningún problema. Habrá que decidir, de acuerdo con las reglas generales o especiales aplicables (normas sobre responsabilidad extracontractual o contractual, derecho laboral etc) si, por ejemplo, la empresa franquiciadora responde frente a los que han sufrido un daño al consumir los productos de un establecimiento franquiciado o si toda la red de franquicia ha de considerarse como un único empleador a los efectos de la legislación laboral. Estas son cuestiones que han de decidirse caso por caso.
7. El art. 5 sobra. Lo de los **códigos de conducta** es algo que la Administración puede hacer aún sin autorización legal expresa y ha de someterse, sobre todo, a las normas de

Derecho de la Competencia. Y el segundo párrafo dice algo carente de carácter prescriptivo. Es evidente que las partes de un contrato pueden someter sus conflictos a **mediación y arbitraje**.

8. En cuanto a la **formación del contrato**, (art. 6), la norma reproduce lo previsto para la franquicia en la LOCM. Su inclusión en una norma legal conduce a que, si se incumple lo previsto en la norma, la parte beneficiaria del derecho podría pedir la anulación del mismo por dolo/inducción a error en la formación del contrato. No vemos su necesidad. La aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad precontractual y vicios del consentimiento debería ser suficiente y es preferible dejar a los jueces el análisis atendiendo a las circunstancias del caso.
9. Lo propio cabe decir respecto a la obligación de **confidencialidad** (art. 7) que es también obvia. La obligación de **forma escrita** (art. 8) está ya en el código civil (art. 1280 *in fine*) y en la regulación de la agencia; y **la aplicación de una Ley no depende de que otra ley diga que se aplica** (art. 9 – aplicación de la Ley de Condiciones Generales si se utilizan condiciones generales).
10. En cuanto a las **obligaciones de información durante la vigencia del contrato**, el art. 10 camufla bajo ese título lo que no es sino un elemento esencial de determinados contratos de distribución: la cesión de *know-how* (paquete de franquicia) sin el cual, la jurisprudencia ha considerado que no puede hablarse de franquicia. El resto, son concreciones de la buena fe en la ejecución del contrato.
11. Lo propio cabe decir del art. 11 (objetivos comerciales).
12. **El art. 12 (obligación de compra mínima) es la única norma, junto con el art. 25 del Anteproyecto, que contiene una regla sustantiva.**

Dice el precepto que “*excepto en los casos de distribución selectiva... (rectius, no incluye solo la distribución selectiva en el sentido del Derecho de la Competencia sino también la franquicia y ¿la concesión?) el proveedor no podrá obligar a la compra de lotes o series de suministro con productos no requeridos por el distribuidor*”.

Lamentamos no entender qué es lo que quiere decir el legislador. Si esta obligación de comprar todo el surtido del fabricante no está prevista en el contrato, es obvio que el distribuidor no puede ser obligado a la adquisición, ya que sería tanto como modificar el contrato unilateralmente. Si está incluida, la norma legal sería tanto como una prohibición de incluir una cláusula semejante en el contrato. Dadas las dudas sobre el ámbito de aplicación de la prohibición, creemos que generará pleitos.

El párrafo 3, es incomprensible ya que comienza diciendo que corresponde al fabricante fijar los stocks o niveles mínimos de abastecimiento (de nuevo, vocabulario de *marketing*, no jurídico) según lo dispuesto en el párrafo 1 y, a continuación dice que no procede la facturación o cobro de “*suministros no solicitados... o no puestos a disposición*” del distribuidor. O la norma dice una obviedad (que no se puede cobrar lo que no se ha entregado) o dice algo confuso: que el distribuidor puede rechazar los productos que no ha solicitado aunque dichos productos entren dentro del stock mínimo de compra al que se ha obligado frente al fabricante.

El último párrafo parece prohibir, de nuevo una cláusula que, si estuviera en condiciones generales y el adherente fuera un consumidor, se consideraría abusiva, esto es, la cláusula que estableciera un plazo de devolución para mercancías entregadas en el marco de un contrato estimatorio (típicamente, los que unen a editores de periódicos y kioscos) desproporcionadamente corto.

13. La regulación de las **exclusivas territoriales** (art. 13) es también superflua. Como no se presumen, deben resultar del contrato, por lo que las reglas interpretativas que se contienen en el precepto se derivan ya de la aplicación de las reglas generales sobre interpretación de los contratos (arts. 1281 ss CC).

En particular, es defectuoso el párrafo 4 (*“la atribución de una zona geográfica en exclusiva para la comercialización de determinados bienes o servicios, (sic, sobra la coma) no impedirá la venta a adquirentes procedentes de otras zonas geográficas, con excepción de las restricciones admitidas en el Derecho de la Competencia”*). En primer lugar, la remisión a los límites que a estas cláusulas impone el Derecho de la competencia está ya en el párrafo 1 del precepto: (*“dentro de los límites impuestos por el Derecho de la Competencia”*), de manera que sobra el inciso final del párrafo 4. Si lo que el párrafo 4 contiene es una regla interpretativa, debería formularse así: *“se entenderá que la atribución de una exclusiva territorial limitada a una zona no impedirá al distribuidor realizar ventas pasivas”*. Pero debe dejarse claro que se trata de una regla interpretativa porque hay muchos supuestos en los que una prohibición de ventas pasivas puede ser compatible con el Derecho de la Competencia pero, sobre todo, porque en la inmensa mayoría de los casos, las autoridades españolas de competencia no tendrán que aplicar a estos contratos el Derecho Europeo (porque no se ve afectado el comercio entre Estados) y, por lo tanto, pueden adoptar una actitud más permisiva respecto de la prohibición de ventas pasivas.

14. El art. 14 (**ventas directas**) debería modificarse.

El párrafo 1 contiene, nuevamente, una regla interpretativa: a falta de pacto, no se entenderá que el fabricante que **otorga una exclusiva** a un distribuidor se ha reservado la realización de ventas directas. Carece de sentido la regla para el caso de que el distri-

buidor no disfrute de una exclusiva. Si es un distribuidor no exclusivo, no debería poder impedir que el fabricante realice ventas directas (v., art. 12.2 LCA). De nuevo, la aplicación analógica de las normas de la Ley de Contrato de Agencia debería ser suficiente.

El párrafo 2 contiene una nueva limitación a la libertad contractual fundada en el Derecho de la Competencia (*“el proveedor no podrá prohibir al distribuidor <<el acceso a>> (sic, debería suprimirse “el acceso a”) la venta por internet salvo por motivos de salud pública o seguridad de los consumidores”*¹) cuyo traslado al Derecho sustantivo no está justificado. La prohibición europea de la **prohibición de vender por internet** es muy discutible y puede variar. No hay razones para limitar la libertad de un fabricante para organizar sus canales de distribución. Si para el distribuidor es importante poder vender por internet, lo que debe hacer es buscarse otro fabricante que no le imponga tal prohibición. Lo propio cabe decir de las limitaciones a la venta por internet. Si un fabricante quiere proteger a sus establecimientos a pie de calle, puede tener que imponer restricciones a la venta de sus productos por internet y el legislador no debería limitar la libertad contractual.

15. Una nueva norma **“pedagógica” se contiene en el art. 15**. No manda nada. Dice solo que *“las partes”* (debería decir, los fabricantes) *“procurarán”* hacer coincidir la duración de las garantías del fabricante *vis à vis*

¹ El párrafo 3 reproduce las Directrices de la Comisión Europea para la aplicación del Reglamento 330/2010 sobre restricciones verticales. “3. *Ello no obstante, se podrán establecer en el contrato condiciones que tengan carácter necesario, no sean discriminatorias y sean proporcionadas, para la comercialización del distribuidor por Internet, con salvaguarda de los niveles de calidad y protección de la imagen de marca y prestigio del sistema. En ningún caso por medios directos o indirectos dichas condiciones impedirán el acceso de los destinatarios finales a la web o a los productos del distribuidor, denegarán el suministro a los destinatarios finales por razón de su procedencia o impondrán precios superiores a los de la venta presencial.* Nuevamente, no nos parece adecuado

el distribuidor con las que el distribuidor deba conceder al consumidor.

- 16. También es superfluo el art. 16 (políticas de marca).** La realización de campañas de publicidad por el distribuidor debe regirse por los pactos entre las partes y por las normas generales sobre uso de marca ajena (agotamiento).

La norma genera dudas ya que prohíbe las campañas de publicidad del distribuidor sin consentimiento del titular de la marca y, a continuación, dice que eso no impedirá a los distribuidores la realización de campañas de promoción *“que cumplan claramente con la imagen del sistema* (de nuevo, lenguaje no jurídico, el cumplimiento o no con lo que quiera que sea la “imagen del sistema” es una decisión discreta: cumple o no cumple).

En cuanto al párrafo 2, nuevamente, es superfluo. Es obvio que conductas que *“menos caben la imagen o el prestigio (¿qué diferencia hay entre imagen y prestigio?) de la marca”* constituyen incumplimientos del contrato que, si son de magnitud relevante, permitirán al fabricante resolver y exigir la indemnización de daños y perjuicios (art. 1124 CC). La norma es un buen ejemplo de una regulación específica que genera dudas innecesarias en la aplicación de la regla general.

- 17. La regulación de los “descuentos, bonificaciones, rappels y aportaciones por servicio” es, nuevamente, superflua y perturbadora (art. 17).**

En primer lugar, no se entiende a qué se refiere (*“se indicarán los precios o baremos objetivos para la determinación del precio de los suministros de bienes o servicios”*) ya que parece que está regulando la “remuneración” del distribuidor que, obviamente, viene determinada por la diferencia entre el precio de compra al fabricante y el precio al que revende al consumidor/minorista. Parece que se refiere a los precios que carga el fabrican-

te al distribuidor. Sería mejor, por tanto, que dijera *“determinación del precio de los bienes o servicios suministrados”*. Por otra parte, esto es un elemento esencial del contrato. Si el precio no está determinado ni es determinable, el contrato carecería de objeto y sería nulo. Que se puedan establecer rappels o descuentos es otra obviedad (párr.. 2) y el párrafo 3 es otra norma pedagógica: quiere decir a los distribuidores poderosos que no impongan pagos a los fabricantes y a los fabricantes que no impongan pagos adicionales a los distribuidores. Pero eso no lo puede hacer una norma legal. O los pagos han sido pactados o no son exigibles. Que, de facto, una u otra parte acepte a regañadientes es un problema de Derecho de la Competencia, no de Derecho de Contratos.

- 18.** El art. 18 es igualmente superfluo. No se puede **ceder la posición contractual** sin consentimiento de la otra parte (art. 1205 CC).
- 19.** El art. 19 también es superfluo: la **subdistribución** está regulada en el Código de comercio y en el Código civil en el ámbito de la comisión y el mandato y en la Ley de Contrato de Agencia (art. 5.2) y está mucho mejor que en el art. 19, que parece redactado por un profesor de marketing.
- 20. El art. 20 es superfluo.** Nuevamente, la modificación de un contrato requiere el consentimiento de las partes – porque es un nuevo contrato – y la prohibición de discriminación en el párrafo 2 es contraproducente. Los distribuidores no tienen un derecho subjetivo a ser tratados igual aunque estén en una “red integrada de distribución”. La desigualdad debe tratarse a través de las exigencias de la buena fe contractual y el Derecho de la Competencia.
- 21.** La regulación de la **duración de los contratos** reproduce, malamente, la regulación – mucho mejor técnicamente – de la Ley de Contrato de Agencia. Una remisión a la Ley

de Contrato de Agencia hubiera sido especialmente deseable en este punto. Por ejemplo, carece de sentido que se diga que los contratos de distribución tendrán la duración que pacten las partes y que, a falta de pacto, se presumirán de duración indefinida. Eso es lo que dice – mejor - el art. 23 LCA.

Muestras de incuria jurídica:

- a. Art. 21.1 que ordena que los **contratos no se apliquen retroactivamente**. Es difícilmente comprensible. Los contratos no regulan las relaciones entre las partes previas a su celebración. Pero las partes pueden establecer que la liquidación de relaciones previas a la celebración se realice de acuerdo con lo que establece el contrato celebrado con posterioridad. Lo que es absurdo es que se diga la obviedad – que los contratos no se aplican a las relaciones entre las partes anteriores a su celebración – y, a continuación, se añada que las partes pueden pactar lo contrario. Mejor que no se diga nada en absoluto.
 - b. Art. 21.2. Nuevamente, al regular legalmente lo que es una cuestión de ejercicio de los derechos de conformidad con la buena fe y la lealtad contractual, se pone en vigor una norma absurda. **Si los contratos pueden tener duración indefinida, es absurdo que se diga, a continuación que “los contratos deberán prever un período de duración mínimo”**. Lo que quiere decir el legislador es que el contrato, de duración determinada o indeterminada, no podrá resolverse antes de que haya transcurrido un período suficiente para “hacer posible la amortización” de las inversiones específicas (¡fantástico!, el legislador ha convertido en concepto legal un concepto económico, supongo que Williamson estará agradecido). Pero eso es un problema de ejercicio abusivo de un derecho (el derecho a dar por terminada la relación).
 - c. Art. 22: reproduce las normas del código civil y de la ley de contrato de agencia sobre tácita reconducción. Lo curioso: “se considerará transformado en un contrato de duración indefinida o a tiempo indefinido”. Un nuevo concepto legal, los contratos **“a tiempo indefinido”**.
 - d. Art. 23.4. Nuevamente, reproduce lo que dice el art. 1124 CC: que el incumplimiento del preaviso da lugar a la indemnización de daños. Aunque, en este punto, se puede ser benévolo con el legislador porque la norma supone la confirmación de que **la falta de preaviso no hace ineficaz la denuncia unilateral**.
22. El artículo 23 se ocupa de la **extinción del contrato de duración indefinida**. Nueva incuria legislativa: impone el preaviso – lo que establece mejor y más detalladamente el art. 25 LCA que impone la forma escrita. El art. 23.1 dice que la forma escrita para el preaviso solo será exigible “*si así se hubiese acordado*”. A continuación reproduce la misma norma – pero ahora la forma escrita para el preaviso es imperativa – cuando se trate de “**redes de distribución integradas**” para las cuales reproduce igualmente la regulación sobre la antelación del preaviso contenida en la LCA y, en aras de la equidistancia, prohíbe que los plazos de preaviso sean diferentes para fabricante y distribuidor. Lo cual no es muy sensato ya que, según los casos, no tiene sentido un plazo muy largo de preaviso para el fabricante o para el distribuidor. Esto es, se trata de una limitación de la libertad contractual no justificada, sobre todo si se tiene en cuenta que los plazos de preaviso mínimos son imperativos.
 23. El art. 23.3 contiene una norma singular, digamos, “**cláusula anti-hiper**” y constituye el enésimo intento del legislador de proteger a los proveedores frente al presunto poder de negociación de los grandes distribuidores (v., art. 16 LCD, Ley de Morosidad y LOCM). Dice el precepto que “*salvo pacto en contrario*”

(¿?) “en los casos en que un comprador o grupo de compradores coordinado sea adquirente habitual de más de la mitad de la producción de un proveedor productor en origen (es para proteger a los agricultores y ganaderos), la denuncia o abandono (un nuevo concepto jurídico) del suministro por el comprador deberá anunciarse con un preaviso mínimo de seis meses (lo que presupone que ha sido “adquirente habitual” durante un período largo de tiempo). Cuando un productor o proveedor en origen venda la totalidad de su producción a un único comprador o grupo coordinado de compradores y la producción requiera una planificación de la campaña con antelación superior a un año, el plazo de preaviso será anual”.

La norma no servirá para nada y es, nuevamente, una regla con función pedagógica. Un interproveedor de Mercadona, por ejemplo, no se “pondrá en manos” de Mercadona si no se le garantiza una duración mínima del contrato y un preaviso largo para el caso de que Mercadona decida terminar la relación. Y, fuera de estos casos, la aplicación de la norma se enfrenta a dificultades insalvables: ¿cómo se determina si un distribuidor es un “adquirente habitual”? ¿cómo se determina que le compra más de la mitad o la totalidad de su producción? Repetimos: si hay contrato escrito, se preverá un preaviso extenso. Si no hay contrato escrito, la prueba ante un juez de los elementos del supuesto de hecho de la norma se antoja inalcanzable.

24. El art. 24 vuelve a reproducir la norma correspondiente de la Ley de Contrato de Agencia (**denuncia extraordinaria** art. 26 LCA) y se mete en otro jardín: el de los requisitos de la denuncia. Esta es una cuestión general que debe analizarse en el marco del art. 1124 CC. Pero, nuevamente, siendo benévolos, la norma no hace daño.

25. Del artículo 25, el párrafo primero (indemnización de daños a la terminación del contrato cuando ésta ha sido irregular) no tiene interés. El segundo (inversiones específicas),

tampoco y ya había sido aclarado por la jurisprudencia.

La regulación de interés es la que se contiene en el párrafo tercero que se ocupa de la compensación por clientela en los contratos de distribución. Reproducimos el precepto para mayor comodidad del lector. Según el art. 25 del Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución:

La terminación de los contratos de distribución no obligará al proveedor a compensar al distribuidor por la clientela que éste hubiera podido generar durante la relación.

No obstante, con carácter excepcional, el distribuidor tendrá derecho a una compensación cuando concorra cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a) *Que por la naturaleza del contrato y por la actividad del distribuidor se hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes.*
- b) *Que el distribuidor acredite que la clientela seguirá produciendo ventajas sustanciales al proveedor tras la ruptura indebida del contrato.*
- c) *Que se haya establecido un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor. La duración del pacto de no competencia no podrá exceder de un año.*

4. No procederá el abono de de las indemnizaciones por daños y perjuicios previstas en este artículo por parte del denunciante del contrato de distribución cuando el motivo de resolución del contrato sea el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales por la otra parte.

Es una **estafa legislativa** (engaño practicado por el legislador que hace creer a los operadores jurídicos que ha adoptado una decisión

en un sentido cuando, en realidad, “endosa” a los jueces la decisión de política legislativa introduciendo ambigüedades calculadas en la legislación). En efecto, el precepto empieza diciendo que **no hay indemnización por clientela** en los contratos de distribución para, a continuación, añadir que la hay cuando “*se hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes*” cuando es, naturalmente, el aumento del número de clientes lo que justifica en general la concesión de la compensación por clientela. Debería suprimirse el párrafo I y comenzar el precepto en “*el distribuidor tendrá derecho a una compensación cuando concurren...*”.

Signo de incuria jurídica es que se diga que **el aumento de la clientela se deba a “la naturaleza del contrato”**. No vemos de qué modo la naturaleza del contrato puede afectar al incremento de la clientela. Si lo que se quiere decir es que el principal ya ha pagado al distribuidor por esa clientela durante la vigencia del contrato, lo que habría que especificar es cuándo se considera que dicha retribución incluye la aportación de clientela. El aumento de la clientela se debe, o bien a la labor del distribuidor o bien al tirón de la marca del fabricante. Pero no a la naturaleza del contrato.

También es una estafa que se diga que deben concurrir “**cualquiera**” de las circunstancias siguientes. Lo lógico es que se exigieran **cumulativamente**. Por lo menos, las de la letra a) y b). En efecto, aunque se haya aumentado la clientela, si el fabricante no se aprovechará de la misma, la compensación no debería producirse.

La referencia al carácter “**indebido**” de la ruptura del contrato es incoherente. Precisamente, también hay derecho a la indemnización por clientela aunque la terminación del contrato por el fabricante haya sido regular (porque se alcance el término pactado o porque, siendo de duración indefinida, se denuncie unilateralmente con preaviso).

Por último, **no se aclara si cabe pacto en contrario** aunque hay otra norma en el Anteproyecto que se refiere a la libertad de pactos como base del contrato de distribución, por lo que debe entenderse que si nada se dice al respecto, la norma no debe tener carácter imperativo. Una vez más, hubiera sido mejor que se hubiera hecho una remisión analógica a la Ley de Contrato de Agencia, sin perjuicio de la posibilidad de que las partes acuerden expresamente la exclusión de la indemnización por clientela, con lo que se habría consagrado legislativamente la actual jurisprudencia.

26. La norma del art. 26 (“cooperación en la liquidación de operaciones”) es otra norma pedagógica.
27. Los siguientes preceptos no se ocupan propiamente de contratos de distribución y son normas de escasa virtualidad prescriptiva.
28. Por último, la regulación de la franquicia en el art. 30 se limita a reproducir la regulación de la LOCM.

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, Luxembourg, Marbella, Milán, Montevideo, Moscú, Múnich, Praga, Sao Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghái, Sofía, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Varsovia y Zagreb.