

# **LOS CONTRATOS DE VENTA EN EXCLUSIVA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO<sup>1</sup>**

---

DR. EMILIO JIMÉNEZ APARICIO  
Abogado del Estado en el Tribunal de Cuentas,  
Antiguo Director General del Servicio Jurídico del Estado.

## **I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA**

1. La doctrina considera que los Tratados constitutivos de la actual Unión Europea, es decir el llamado Derecho originario está imbuido por una serie de principios que sistematiza en principios políticos, económicos y jurídicos (por todos, Fernando Díez Moreno, «Manual de Derecho de la Unión Europea», páginas 51 y ss.). Entre los principios políticos destaca desde luego el principio democrático, junto a los de respeto a las identidades nacionales y el de continuidad de la Unión Europea. Entre los principios jurídicos estarían los de personalidad jurídica de la Comunidad, competencia o legalidad, subsidiariedad, proporcionalidad y respeto al acervo comunitario. Mientras que entre los principios económicos estarían, por una parte, el principio de solidaridad y, presidiendo todo el ámbito de actuación de la Unión, el principio de economía de mercado.

La Unión Europea, en efecto, se basa en el principio económico de libre empresa o economía de mercado y así está recogido expresamente en el artículo 4 CE (antiguo artículo 3.A.1 del TCE), en el que se declara que la política económica «se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia». Véase también los artículos 98 (antiguo artículo 102.A del TCE) relativo a la política económica y 105 (con el mismo número en el antiguo TCE) relativo a la política monetaria. Aunque la propia expresión «economía de mercado» pueda ser suficientemente entendible, se trata desde luego de un concepto jurídico indeterminado (que coincide, por lo demás, con el del artículo 38 de la Constitución Española). De ahí que el Tratado haya añadido una serie de referencias

1. Este trabajo es fruto de la ponencia presentada en la Universidad de Huelva el día 9 de diciembre de 1999 en el marco del programa Robert Schuman de la Unión Europea.

que la doctrina pone de relieve porque resaltan dos aspectos característicos, que en realidad es uno solo, de esa actividad económica global. La economía de mercado ha de ser «abierta y de libre competencia», lo cual, desde luego, refuerza el sentido inicial y pone de relieve la gran importancia que la Unión atribuye a la política de la competencia, de manera que en aplicación del principio general y en desarrollo de dicha política la Unión no permite los acuerdos entre empresas que restrinjan la competencia de los mercados, ni los abusos de posición dominante, ni las ayudas de Estado salvo expresa declaración de compatibilidad, ni tampoco la existencia de monopolios o derechos exclusivos que impidan el libre juego del mercado. Efectivamente la política de la competencia, de gran complejidad y llena no sólo de reglas generales sino desde luego de excepciones y contraexcepciones, es un elemento común esencial a todas las demás políticas comunitarias.

El Derecho de la competencia no es un fin en sí mismo sino un instrumento jurídico —y sin duda también político— para conseguir unos fines, en concreto la protección del mercado frente a ciertas estructuras monopolísticas u oligopolísticas o a ciertos comportamientos abusivos y discriminatorios. Precisamente por ello el Derecho Europeo acepta en ciertos supuestos una serie de restricciones a la competencia cuando los resultados de dichas restricciones son más beneficiosos para el conjunto del mercado, como sucede, por cierto, con los acuerdos de distribución exclusiva a que nos vamos a referir más adelante.

Como es sabido, la cuestión de la aplicabilidad directa y exclusiva de las normas de Derecho Europeo en materia de Derecho de la competencia, ha generado una notable serie de controversias —al parecer inacabables—, que parten de la coexistencia de las normas comunitarias con la legislación nacional de los Estados miembros. El Derecho originario ha intentado resolver la cuestión, pero sin éxito —incluso cabría dudar si tal intención ha existido realmente—. En efecto, el artículo 83 CE (antiguo artículo 87 del TCE) se limita a atribuir al Consejo la potestad de dictar reglamentos y directivas para decidir las relaciones entre las legislaciones nacionales, por una parte y las disposiciones del propio Tratado sobre normas de competencia aplicables a las empresas, por otra. Pero tal potestad no ha llegado a materializarse más allá de previsiones como las del Reglamento 17/62, de 6 de febrero y han sido la doctrina y la jurisprudencia del TJCE las que han aportado posibles alternativas de solución, que en realidad se reconducen siempre al más puro y directo casuismo.

1. Desde el punto de vista doctrinal los autores se dividen según las teorías de la barrera única y de la doble barrera. De acuerdo con la primera, el único Derecho aplicable en materia de competencia es el Derecho Europeo. De acuerdo con la segunda, el Derecho comunitario y el Derecho nacional han de coexistir, de manera que mientras el Derecho comunitario se refiere al comercio entre Estados, el Derecho nacional se aplicaría entre empresas dentro del ámbito interno de cada Estado.
2. Por su parte, el TJCE ha tratado de resolver la cuestión en una serie de decisiones (a partir de los casos WALT WILHELM, COSTEN-GRUNDIG y MACHINENVAU, entre otros), de acuerdo con las cuales reconoce tres principios diferentes:

- a) El principio de primacía del Derecho comunitario, aunque admite que el Derecho nacional y el Derecho comunitario consideren los acuerdos entre empresas desde puntos de vista diferentes. La primacía del Derecho Europeo lleva al Tribunal a establecer que la distinción entre los aspectos comunitarios y nacionales no puede servir en todos los casos de criterio para determinar la delimitación de las competencias y por lo tanto un mismo acuerdo puede ser objeto de dos procedimientos paralelos, el comunitario y el nacional.
- b) El principio «non bis in idem», según el cual aunque es posible una doble sanción, comunitaria y nacional, hay que tener en cuenta que un principio general de equidad obliga a que una decisión sancionadora anterior pueda condicionar la decisión sancionadora futura.
- c) El principio de no discriminación o de prohibición de desigualdad de trato, de manera que los Estados miembros no puedan aplicar de modos diferentes su Derecho de la competencia en razón de la nacionalidad de los interesados, si bien las diferencias de trato que puedan resultar de las divergencias entre legislaciones de los distintos Estados miembros son posibles en la medida en que dichas legislaciones afecten a cualquier persona incurso en el ámbito de aplicación sin discriminación alguna.

2. El Derecho de la competencia se refiere a actuaciones de las empresas desde diversos puntos de vista. En primer término, los acuerdos, prácticas, decisiones o abusos de posición dominante que puedan llevar a cabo a través de los conciertos o convenios entre empresas. En segundo lugar, la actuación de aquellas empresas públicas o privadas que sean titulares de derechos especiales o exclusivos, que presten servicios de interés económico general, que reciban ayudas de Estado o que sean titulares de un monopolio fiscal o comercial. Y en último lugar, las actuaciones en sectores o las políticas concretas de más amplio espectro como puede ser la CECA, la energía, la agricultura, los transportes o las telecomunicaciones.

Nuestro estudio se va a circunscribir al primero de los aspectos citados, es decir al relativo a los acuerdos entre empresas. La regulación principal se encuentra en los artículos 81 y 82 CE (antiguos artículos 85 y 86 del TCE).

El artículo 81 CE está ahora dentro del Título VI de la Tercera Parte, del Tratado. El Capítulo I de dicho Título sigue encabezado con la misma rúbrica de «Normas sobre la competencia» y se estructura a partir de un principio general de prohibición de determinados acuerdos empresariales que supongan restricciones a la libre competencia, entre los cuales se hallarían los pactos de exclusiva. Sin embargo, junto a esa regla general prohibitiva habría una regla especial permisiva respecto de determinados pactos siempre que fueran autorizados al efecto por medio de las correspondientes normas comunitarias.

El artículo 81 CE establece lo siguiente:

*«Artículo 81.1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de em-*

*presas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:*

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos unas desventajas competitivas;*
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias, que por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

*2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno Derecho.*

*3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:*

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;*
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;*
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:*
  - a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;*
  - b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».*

Por otra parte, el artículo 82 CE establece lo siguiente:

*«Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o una parte sustancial del mismo.*

*Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente en:*

- a) *imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) *limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) *aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) *subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos».*

Las diferencias entre los regímenes recogidos en los artículos 81 y 82 afectan a los siguientes aspectos:

- a) El artículo 81 trata de evitar limitaciones futuras a la competencia, prohibiendo las restricciones competitivas que puedan resultar de un acuerdo o convenio interempresarial, mientras que el artículo 86 parte de la hipótesis inversa, es decir que ya ha habido de hecho una restricción a la competencia que ha dado lugar a su eliminación total o parcial.
- b) La prohibición del abuso de la posición dominante del artículo 82 actúa «ope legis» y tiene un carácter absoluto, mientras que la del artículo 81 admite excepciones a dicha prohibición, tanto de carácter individual como por categorías, como más adelante veremos.
- c) El artículo 81 exige como presupuesto esencial que los acuerdos o convenios interempresariales que resultan prohibidos tengan por objeto o produzcan el efecto de restringir la competencia, mientras que, según se ha dicho, el artículo 82 no recoge este supuesto precisamente porque parte de la hipótesis de que la competencia ya está eliminada o notablemente restringida.
- d) Por último, cabe que la posición dominante sea consecuencia de acuerdos interempresariales que por su naturaleza o efectos caigan dentro del ámbito prohibitivo del artículo 81, supuesto en el cual si ello genera una situación de abuso de posición dominante se plantea la cuestión de la aplicación simultánea o no de los principios del artículo 81 y del artículo 82.

3. El *régimen jurídico* que resulta del artículo 81 CE, por sí y en relación con el artículo 82 CE, puede esquematizarse en los siguientes apartados relativos a los sujetos intervinientes, a las clases de convenios o acuerdos, a los requisitos o características de tales acuerdos, a los efectos o consecuencias jurídicas y a las excepciones a la regla general prohibitiva.

1. *Sujetos.* Los artículos 81 y 82 CE se refieren a las «empresas», siendo ellas en principio las destinatarias primarias de las normas de competencia. Sin embargo, el Tratado no define el concepto de empresa a estos efectos. La jurisprudencia

dencia del TJCE considera empresa no solamente a la unidad económica organizada unitariamente con elementos personales, materiales y financieros sino también a cualquier entidad jurídicamente responsable o a la que puedan imputarse las conductas contrarias a la competencia. De este modo, a los efectos del Derecho de la competencia son empresas las sociedades colectivas del Derecho alemán, que carecen de personalidad jurídica, los grupos de sociedades, las joint-ventures, las sociedades filiales y, en general, toda entidad que ejerza una actividad económica, independientemente de cual sea su estatuto jurídico. En cambio, no tienen tal consideración los organismos encargados de la gestión de la Seguridad Social o los intermediarios del comercio que actúan por cuenta ajena, según la misma jurisprudencia.

Nótese que a otros efectos, el Derecho Comunitario sí tiene acuñado un concepto de empresa. Por ejemplo, en el ámbito del Tratado CECA, el artículo 80 CA dice que «se entiende por empresas, con arreglo al presente Tratado, las que ejercen una actividad de producción en el campo del carbón y del acero dentro de los territorios mencionados en el párrafo primero del artículo 79, y, además, por lo que se refiere a los artículos 65 y 66 así como a las informaciones requeridas para su aplicación y a los recursos interpuestos con motivo de esta aplicación, las empresas u organismos que ejerzan habitualmente una actividad de distribución que no sea la venta a los consumidores particulares o a los artesanos.

2. *Clases de convenios o acuerdos entre empresas.* La tipología de los convenios u acuerdos entre empresas a que se refiere el artículo 81 CE puede ser cualquiera de las cuatro siguientes:
  - a) Los acuerdos entre empresas (ententes; «undertakings»). Tanto la Comisión como el TJCE han interpretado el término «acuerdos» desde un punto de vista pragmático, amplio y flexible, sin consideraciones jurídicas literalistas, de manera que tales acuerdos no se delimitan ni por su forma ni por su estructura externa ni por su naturaleza o finalidad y además pueden ser o no jurídicamente obligatorios y tener tanto un carácter o sentido horizontal dentro de la misma fase del proceso productivo (por ejemplo, los acuerdos entre empresas distribuidoras), como en sentido vertical, afectando a todo el proceso productivo, y pueden ser tanto bilaterales como multilaterales, escritos o no escritos.
  - b) Las decisiones de las asociaciones de empresas. La jurisprudencia del TJCE también han elaborado una noción amplia de asociación de empresas relativa a la agrupación de diferentes sujetos que adoptan decisiones concretas en el marco de dicha agrupación organizada. Existirían asociaciones de empresas en casos como las asociaciones sin fines de lucro o los sindicatos profesionales, las agrupaciones carentes de personalidad jurídica, las decisiones tomadas al amparo de reglamentos generales o de régimen interior o las tomadas por dos o más asociaciones de empresas que regulan las relaciones de sus miembros entre sí, las decisiones de organismos responsables de ferias y exposiciones o de organizaciones de mercados, los acuer-

dos interprofesionales entre dos grupos de agentes económicos incluso los concertados dentro de un organismo de Derecho Público, las decisiones de ciertos tipos de asociación (la asociación belga de bancos, la asociación británica de editores, el Colegio Nacional de Agentes de Aduana italiano, las asociaciones holandesas en el sector de la construcción, etc.).

- c) Las prácticas concertadas. Se considera práctica concertada cualquier comportamiento o conducta uniforme y común a varias empresas, conscientemente coordinado y efectuado con la intención de limitar o falsear la competencia. La diferencia con los acuerdos entre empresas y con las decisiones de las asociaciones de empresas reside en la ausencia de regulación convencional alguna, de manera que las prácticas concertadas no son un hecho fortuito sino el resultado de una decisión consciente e intencionada, pero derivada de una coordinación espontánea que produzca como resultado la alteración sensible de las condiciones de la competencia.
  - d) Los acuerdos llamados «de importancia menor», tal como están recogidos en una Comunicación publicada por la Comisión en 1986 y modificada posteriormente. Según esta comunicación hay una serie de acuerdos que aunque reúnan en principio los elementos constitutivos a que se refiere el artículo 81 CE, quedan sin embargo fuera de su ámbito de aplicación por la débil o inapreciable incidencia a los efectos restrictivos de la competencia, como sucede en casos en los que el volumen de productos o servicios no exceda del 5% del total del mercado en el conjunto del Mercado Común, o el volumen de negocios total de las empresas no exceda de 300 millones de ecus en cifras de 1994, o cuando las cuotas de mercado o volúmenes de negocio registren un incremento no superior al 10%.
3. *Requisitos.* Para que los acuerdos, pactos o decisiones empresariales indicados tengan el carácter de prohibidos por el artículo 81 CE, deben reunir las características siguientes:
- a) Los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas *deben tener «por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común»*. El concepto de competencia a estos efectos puede ser relativo tanto a la competencia interna como a la competencia externa, es decir a la situación misma en que se encuentren las partes empresariales (competencia interna), o a los efectos respecto de terceros, tales como proveedores, clientes, consumidores o cualquier otra persona (competencia externa), así en los aspectos económicos como jurídicos.
  - b) Los acuerdos o prácticas *deben poner en peligro el juego natural de las relaciones económicas en el seno del mercado común*, en perjuicio de los intereses económicos, comerciales e industriales de los Estados miembros; si, por el contrario, las perturbaciones sólo afectan a los intercambios comerciales internos dentro de cada país, será aplicable exclusivamente la legislación nacional. Se trata, por lo tanto, de perjuicios al comercio interestatal e intracomunitario.

- c) Los efectos perturbadores han de dejarse sentir, efectivamente, «dentro del mercado común», motivo por el cual el elemento decisivo es que *el resultado lesivo para la competencia se produzca dentro del territorio de la Comunidad*, incluso aunque la empresa o las empresas en cuestión tengan su sede fuera del territorio comunitario. Es, por lo tanto, aplicable aquí la doctrina comunitaria acerca de los grupos de sociedades.
  - d) *La restricción a la competencia resultará prohibida en función de lo que se denomina un «mercado relevante»*, es decir el mercado concreto en el que se producen sus efectos restrictivos. El concepto de mercado relevante se caracteriza por dos elementos: el primero es la delimitación geográfica concreta (puede ser el mercado mundial, el mercado común o sólo una parte de éste), y el segundo es la identificación de los productos que lo componen, cuestión ésta en la que la práctica comunitaria actúa con una notable amplitud interpretativa (se habla, así, de «productos a los que se refiere el contrato», o «productos idénticos o considerados como similares por el usuario», o «productos similares en el mismo estadio de distribución», o «productos cubiertos por la misma marca»).
4. *Efectos*. La consecuencia jurídica de la infracción de las previsiones del artículo 81 CE es clara: los acuerdos, prácticas o decisiones en cuestión «serán nulos de pleno Derecho», de manera que las decisiones o actos sancionadores de las autoridades comunitarias o nacionales tendrán un valor meramente declarativo y no constitutivo, si bien la nulidad no tiene por qué afectar a todo el contenido del acuerdo sino sólo a aquellos elementos o compromisos que sean realmente contrarios al artículo 81, de manera que cabe, por supuesto, la declaración solamente parcial de la nulidad de los acuerdos o decisiones.
5. *Excepciones*. El artículo 81 contiene no sólo la prohibición general de la restricción de la competencia sino también una serie de *excepciones* que dotan de la característica flexibilidad comunitaria a aquella prohibición. Las excepciones están recogidas en el apartado 3 del artículo 81 y de su lectura se deducen *dos tipos de requisitos, unos positivos y otros negativos*:
- a) Desde el punto de vista positivo, los requisitos para la aplicación de la excepción (o para la inaplicabilidad de la prohibición) son *que el acuerdo comporte una ventaja*, como puede ser la mejora de la producción, la distribución o la promoción del progreso técnico y económico *y que los usuarios reciban una parte equitativa del beneficio que resulte*.
  - b) Los requisitos negativos serían *que las restricciones de la competencia sean las estrictamente indispensables* para conseguir los objetivos de mejora o función que recoge el precepto *y que no resulte para las empresas la posibilidad de eliminar la competencia* para una parte sustancial de los productos de que se trate.

Como quiera que la determinación de las consecuencias perjudiciales o no de los acuerdos y prácticas contrarias a la competencia debe ser analizada en cada

mercado concreto y en cada caso concreto, la aplicación de las excepciones se produce casuísticamente y su ejecución forma parte de la actividad de «política de competencia», que incumbe a la Comisión.

*Las excepciones o exenciones pueden ser tanto individuales como por categorías. Las individuales requieren la notificación del acuerdo, decisión o práctica a la Comisión para que ésta lo autorice. Por lo que se refiere a las exenciones por categorías («categoría de acuerdos», «categoría de decisiones», «categoría de prácticas»), el Reglamento 19/65 habilita a la Comisión para acordar excepciones respecto de determinados tipos de acuerdos como pueden ser los de distribución exclusiva, compra en exclusiva, distribución y servicios de venta y postventa de automóviles, acuerdos de licencia para la explotación de patentes, acuerdos de franquicia, licencia de know how, categorías de acuerdos de contratos de seguro, etc. A este tipo de excepciones y a su articulación a través de una característica tipología contractual son a los que nos vamos a referir a continuación.*

## II. EL CONTRATO DE VENTA EN EXCLUSIVA: ASPECTOS DOGMÁTICOS

### 1. Principios generales

Como dice Uría («Derecho Mercantil», página 139), el sistema de empresa privada y de economía de mercado descansa en el juego de la libre competencia. En principio la concurrencia en el mercado es libre, pero la libertad de concurrencia no ha sido nunca absoluta. El Código de Comercio prohíbe a determinadas personas unidas o asociadas en una misma empresa hacer competencia a la empresa ejerciendo la misma actividad comercial (los socios colectivos, los factores, el capitán del buque: artículos 136, 137, 288, 613). Por otra parte, esta tendencia existe en el Derecho comparado desde la famosa Ley Sherman de 1890 (o Ley antitrust) hasta la vigencia en el Derecho europeo de los actuales artículos 81 y 82 CE (antiguos artículos 85 y 86 del Tratado) y, en España, mediante la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, de 17 de julio, y sus disposiciones complementarias.

En efecto, el principio general de autonomía de la voluntad que recoge el artículo 1.255 del Código Civil está limitado ya desde su origen por lo que dispongan «las leyes, la moral o el orden público». Este principio, que, como es sabido, no está recogido literalmente en la Constitución, debe en su caso reconducirse, por un lado, a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la Constitución) y, por otro, a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado del artículo 38 del mismo texto constitucional. Esta libertad de actuación empresarial no sólo tiene límites extrínsecos resultantes del respeto y la necesaria ponderación a los derechos de terceros (por ejemplo, consumidores y usuarios: artículo 51 de la Constitución), sino también límites intrínsecos resultantes de la propia configuración de la libertad como valor atribuible a todas las personas, lo que obliga a ponderarla en cuanto éstas deben ponerse en directa relación unas con otras. Del mismo modo,

en el ámbito del Derecho europeo las libertades esenciales en las que se basa la Unión Europea (la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales: artículo: 23 y 39 y ss. CE; antes artículos 9 y 48 y ss. del TCE) obligan a regular también de manera escrupulosa la actuación dentro del libre mercado para favorecer precisamente que esa libertad tenga lugar impidiendo las prácticas que restrinjan la competencia y, por lo mismo, limiten tanto la libertad de elección de los ciudadanos como la libertad de oferta por parte de las empresas.

Este doble ámbito de los principios de la libertad, por un lado, y de la evitación de situaciones de control monopolístico que impidan, restrinjan o falseen la competencia, por otro, es en el que se mueven los contratos en los que figura como nota esencial o característica la exclusividad, de manera que uno de los contratantes se compromete de forma plena o limitada a contratar sólo con la otra parte contratante y no con terceros.

## 2. Antecedentes

Los antecedentes del contrato llamado de concesión de venta parecen encontrarse en Alemania en la distribución y venta de cervezas con distintas modalidades (venta de fabricante a mayorista y de mayorista a expendedor). En Estados Unidos se desarrolló este contrato en el sector de venta de automóviles a partir de los años 20 del Siglo XX. En España, Uría encuentra antecedentes en el Código de Comercio de Sáinz de Andino de 1829 (según Chuliá, «Aspectos jurídicos de los contratos atípicos», página 333).

## 3. Regulación

a) En *España* el contrato carece de regulación propia en el Derecho interno, si prescindimos de las normas de Derecho europeo. La doctrina entiende que se trata de un contrato de los llamados atípicos, en el cual el problema práctico fundamental consiste en la regulación del desistimiento unilateral del contrato más la indemnización que proceda. Este particular aspecto ha sido estudiado mediante la aplicación analógica o por vía supletoria del contrato de agencia, singularmente a partir de la Ley 12/1992, de 27 de mayo (por todos F. J. Valenzuela Barach, RDM, número 224, páginas 1.197 y ss.).

b) En *Europa*, además de la Ley francesa de 14 de octubre de 1943, destaca singularmente la regulación del artículo 1.569 del Código Civil italiano y sobre todo la Ley belga de 27 de julio de 1961, modificada por la Ley de 13 de abril de 1971.

c) En el ámbito de la *Unión Europea* este contrato se ha relacionado directamente con el Derecho de la competencia, uno de los principios capitales de la Unión (que cuenta con órganos especializados en la materia, tales como el Comisario de la Competencia y la Dirección General IV, de la Comisión). El Derecho de la competencia y la prohibición de los pactos de exclusiva se recogen, como hemos visto, en el originario artículo 85 del TCE que en la actualidad es el artículo 81 CE a partir de las modificaciones producidas por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997.

En desarrollo de este precepto y, más en concreto, en aplicación de la excepción permisiva contenida en el apartado 3 del artículo, se han dictado diferentes Reglamentos, tales como los siguientes:

- a) *Reglamento CEE 19/65*, del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas.
- b) *Reglamento (CEE) 1983/83*, de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a los acuerdos de distribución exclusiva, modificado por el Reglamento 1582/97, de 30 de julio de 1997 (para prorrogar su vigencia hasta el 31 de diciembre de 1999).
- c) *Reglamento (CEE) 1984/83*, de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a diferentes acuerdos de compra exclusiva, modificado también por el citado Reglamento 1582/97, de 30 de julio de 1997 y a los mismos efectos.
- d) *Reglamento (CE) 1475/95*, de la Comisión, de 25 de junio de 1995, relativo a los acuerdos de distribución y de servicio de venta y postventa de vehículos automóviles, que reemplaza a otro anterior (el 123/85, de 12 de diciembre de 1985).

Los Reglamentos 1983 y 1984/83 tienen, en principio, limitada su vigencia hasta el 31 de diciembre de 1999 (tras la prórroga operada por el Reglamento 1582/97). Las vicisitudes derivadas de los cambios personales en los órganos directivos de la Comunidad ha ocasionado que aún no se haya publicado el nuevo Reglamento de prórroga, aunque está prevista su publicación para mediados del presente mes de diciembre.

Por lo que respecta a la *jurisprudencia del TCJE* interpretativa del artículo 81 CE, ha sido muy abundante. Como simple muestra podemos citar la reciente Sentencia del TJCE de 30 de abril de 1998 acerca de la interpretación del artículo 85.1 del TCE (en la actualidad artículo 81.1 CE), así como de determinados preceptos de los Reglamentos 123/85 y 1475/95. La Sentencia se dicta en una cuestión prejudicial planteada por la cour d'appel de Douai, Francia, en un pleito entre dos distribuidores de automóviles en el que ha participado también el fabricante de dichos automóviles, en el caso de autos «Automobiles Peugeot, S.A.» y «Automobiles Citroën, S.A.» En la Sentencia (aunque el Tribunal se refiera siempre al antiguo artículo 85 del TCE) el TJCE interpreta las categorías de pactos contractuales que están autorizadas y prohibidas por el actual artículo 81.1 CE.

1. El Derecho de la competencia permite una cláusula en los contratos de concesión en exclusiva que se limite a establecer que para librarse de sus respectivas obligaciones de no competencia las partes pueden alegar justificaciones objetivas, sin precisar en qué pueden consistir éstas. Asimismo es jurídicamente lícita una cláusula contractual que imponga al distribuidor un objetivo determinado de ventas y que establezca sanciones que pueden llegar a la resolución

del contrato en el supuesto de que no se alcance ese objetivo, siempre que, no obstante, la fijación del objetivo de ventas exprese una mera obligación de medios y siempre que dicho objetivo se fije de común acuerdo entre las partes o en caso de desacuerdo por un Perito independiente.

2. La prohibición de los pactos en exclusiva se aplica a toda cláusula contractual que, a menos que existan justificaciones objetivas, prohíba al distribuidor vender vehículos nuevos de cualquier otra marca, incluso en instalaciones comerciales o en locales comerciales distintos de aquéllos en los que se oferten los productos contractuales.
3. La prohibición de los pactos en exclusiva se aplica a las cláusulas de los contratos de concesión de automóviles en el supuesto de que éstas no estén comprendidas en la exención por categorías si, teniendo en cuenta el contexto económico y jurídico, esas cláusulas tienen por objeto o por efecto restringir de manera sensible la competencia dentro del mercado común y si pueden afectar al comercio entre los Estados miembros.

Por lo demás, la Comisión, consciente de la importancia económica y de las dificultades jurídicas del problema, ha publicado un *Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de la competencia*, a fin de promover un amplio debate acerca de la aplicación de los principios de los apartados 1 y 3 del actual artículo 81 CE a los acuerdos entre empresas que operen en niveles económicos diferentes, incluidos los acuerdos de distribución exclusiva, de compra exclusiva y de franquicia

#### 4. Doctrina

Además de las obras generales sobre Derecho mercantil, en materia de este contrato pueden citarse los autores siguientes:

J. L. Iglesias Prada: «El contrato de concesión comercial», Madrid 1978 y «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil», en los Estudios en homenaje a Profesor R. Uría, Madrid 1978.

E. Lázaro Sánchez: «El desistimiento unilateral en los contratos de distribución análisis de la jurisprudencia al respecto», La Ley, número 2.380.

F. J. Valenzuela Barach: «El contrato de concesión mercantil y su extinción por denuncia unilateral», en RDM, número 224, páginas 1.297 y ss.

C. Paz-Ares Rodríguez: «La terminación de los contratos de distribución: la economía política como jurisprudencia racional», en RDM, número 223.

M. A. Domínguez García: «Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor», RDM, número 177.

M<sup>a</sup>. T. Puente Muñoz: «El contrato de concesión mercantil», Madrid 1976.

## 5. Concepto y denominación

Los contratos llamados de concesión de venta se denominan en realidad de muy diferentes maneras: contrato de concesión comercial, contrato de concesión mercantil, contrato de distribución exclusiva, contrato de venta en exclusiva, contrato de exclusiva de venta, contrato de concesión en exclusiva, contrato de distribución con pacto de exclusiva.

Las definiciones de este contrato son, por lo tanto, muy variadas.

- a) Iglesias Prada los define como «todo acuerdo de voluntades por el que un empresario –concesionario– pone el establecimiento de que es titular al servicio de un empresario, industrial o comerciante –concedente– para comercializar por tiempo indefinido o limitado, en una zona geográfica determinada y bajo las directrices y supervisión del concedente aunque en nombre y por cuenta propios, los productos cuya exclusiva de reventa se le otorguen en condiciones predeterminadas».
- b) Lázaro Sánchez señala que son «contratos de colaboración, mercantiles y atípicos, por virtud de los cuales un empresario, persona física o jurídica, se obliga a comercializar, de manera permanente y en la forma cualitativa y cuantitativamente predeterminada, los productos de otro empresario, ya en nombre y/o por cuenta de éste –agente– ya en nombre y por cuenta propia –concesionario–».
- c) Broseta Pont, remitiéndose a la Ley belga de 27 de julio de 1961, lo define así: «el concesionario de venta exclusiva es el comerciante que ostenta el derecho a vender a título exclusivo los artículos o productos de un comerciante concedente y por su propia cuenta».
- d) Domínguez García define la concesión mercantil como «aquel contrato mediante el cual una parte –concedente– autoriza, habilita y concede a la otra –concesionario– la posibilidad práctica y jurídica de adquirir bajo determinadas condiciones sus productos, generalmente de marca, y revenderlos en una determinada zona geográfica, prestando asistencia técnica, en su caso, al cliente tanto en el momento de la venta como después».
- e) Chuliá Vicent lo define como «un contrato mercantil atípico, consensual y sinalagmático, mediante el cual una persona física o jurídica denominada concedente otorga por tiempo limitado o ilimitado la facultad de distribuir, exclusivamente, en un área geográfica limitada sus productos a otra persona que igualmente puede ser física o jurídica».
- f) La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1966 (citada por Chuliá, página 334) señala que «el llamado contrato de venta en exclusiva no es más que un contrato de compraventa, de suministro, de mandato, de arrendamiento, etc., en el cual se inserta la cláusula de exclusiva, o cláusulas, que constituyen una limitación que voluntariamente se imponen a sí mismos los contratantes respecto a la libertad de comprar o de vender objetos lícitos que

se hallan en el comercio de los hombres, bien en cuanto a una determinada especie, o bien en cuanto a una zona o a ciertos clientes, o a cierto tiempo».

- g) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de febrero de 1996 (citada por Valenzuela, página 1.298, nota 3) lo caracteriza como aquel contrato «legalmente atípico, de colaboración mercantil, de distribución indirecta integrada, por virtud del cual un empresario o persona física o jurídica se obliga a comercializar en propio nombre y por la propia cuenta, por tiempo determinado o no, pero de manera estable, en forma cualitativa y cuantitativamente predeterminadas, los productos de otro empresario cuya exclusiva de reventa se le otorga en condiciones prefijadas, y cualificada en ocasiones por la obligación de promover la distribución o venta del producto en su zona».
- h) En el ámbito del Derecho europeo, a tenor de lo establecido en el artículo 1 de los Reglamentos 1983 y 1984/83, y en los artículos 6, 10 y 16 de este último, puede definirse este contrato como el celebrado entre dos empresas, de manera que una de ellas, el proveedor, se compromete a entregar únicamente a la otra, el revendedor, determinados productos especificados para su reventa en la totalidad o en una parte determinada del territorio del mercado común, de manera que el revendedor, como contrapartida de la concesión de ventajas económicas o financieras, los adquiera únicamente al proveedor, bien directamente, bien a empresas vinculadas al proveedor o a terceras empresas a las que éste haya encargado la distribución de sus productos, siempre que no se trate de acuerdos en los cuales el proveedor se comprometa con el revendedor a entregarle únicamente a él determinados productos para su reventa en todo o parte del territorio del mercado común, mientras que el revendedor se comprometa con el proveedor a comprarle dichos productos únicamente a él (doble exclusividad).

## 6. Características

En la medida en que el contrato de concesión de venta con pacto de exclusiva supone una clara limitación del principio de la libre competencia, se hace necesario delimitarlo para apreciar cuáles son sus *ventajas* frente a las que proporciona ese otro principio, que está elevado a categoría casi dogmática. Para ello podemos seguir las características que se contienen en la exposición de motivos o preámbulo del *Reglamento 1983/83*, el cual justifica su existencia al amparo del apartado 3 del entonces artículo 85 (hoy artículo 81 CE) de acuerdo con lo siguiente:

- a) Los acuerdos de distribución exclusiva tienen generalmente como resultado una mejora de la distribución.
- b) El empresario –concedente– puede concentrar sus actividades relativas a la venta de su producción.
- c) El empresario –concedente– no está obligado a mantener múltiples relaciones de negocios con un gran número de revendedores y el hecho de mantener

relaciones únicamente con un revendedor permite solucionar con más facilidad las dificultades que se derivan, fundamentalmente en los intercambios internacionales, de diferencias de orden lingüístico, jurídico u otras.

- d) Los acuerdos de distribución exclusiva facilitan la promoción de la venta de un producto y permiten actuar intensivamente sobre el mercado y asegurar la continuidad del abastecimiento, racionalizando la distribución.
- e) Tales acuerdos estimulan asimismo la competencia entre productos de diferentes fabricantes.
- f) La designación de un concesionario exclusivo que se encarga de la promoción de la venta, del servicio a la clientela y del almacenamiento es a menudo el medio más eficaz e incluso el medio único para que el fabricante penetre en un mercado extraño y pueda afrontar la competencia de otros fabricantes, particularmente en el caso de las pequeñas y las medianas empresas.
- g) Debe dejarse a la libertad y al juicio de las partes si estiman conveniente estipular en los acuerdos una serie de obligaciones destinadas a promover las ventas y, en su caso, la medida en la que deseen prever tales estipulaciones.
- h) Los consumidores y usuarios obtienen una parte equitativa de las ventajas, beneficiándose directamente de la mejora de la distribución y asimismo pueden procurarse más rápida y fácilmente productos fabricados en otros Estados, con lo cual mejoran en el ámbito económico y en materia de abastecimiento.
- i) Las restricciones a la competencia derivadas del pacto de exclusiva obligan a un reparto preciso de las tareas entre las partes, de manera que el concesionario exclusivo debe centrar sus actividades comerciales en los productos contemplados en el contrato y en el territorio concedido y además únicamente para el período de duración del contrato.

## 7. Naturaleza jurídica

Si atendemos al concepto más económico que jurídico del término «distribución», podría decirse que la distribución de productos o mercancías (y eventualmente servicios) puede llevarse a cabo a través de diferentes modalidades contractuales, como pueden ser la agencia, la representación comercial, las delegaciones del propio fabricante, las franquicias. *Cuando a esa distribución se le adiciona el pacto de exclusiva como elemento esencial nos encontramos ya con el contrato de concesión de venta en sentido estricto.* Las notas que caracterizarían su naturaleza serían las siguientes:

1. Es un *contrato mercantil*, celebrado entre empresarios individuales o sociales.
2. Es un *contrato consensual*, que se perfecciona por el mero consentimiento, otorgándose sin embargo por escrito a efectos probatorios. Ahora bien, en el ámbito internacional, parece inevitable llevar a cabo una formalización escrita como elemento no sólo «ad probationem» sino incluso realmente «ad solemnitatem».

3. Es un *contrato bilateral*, que genera obligaciones para ambas partes, y *oneroso*, que provoca un desplazamiento patrimonial recíproco entre concedente y concesionario.

4. Es un *contrato usualmente de tracto sucesivo*, con prestaciones continuadas a lo largo de un período de tiempo, *aunque puede ser también de tracto único*, en la medida en que el concedente ponga a disposición del concesionario una única partida de bienes o mercancías cuyo pago lleve a cabo el concesionario, si bien usualmente las demás condiciones contractuales surgen en un momento posterior al de la venta, como son la reventa en determinadas condiciones de lugar, tiempo y forma.

5. Es un *contrato esencialmente temporal*. La duración temporalmente limitada del contrato es un elemento indisoluble de éste, en la medida en que, como ha establecido abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, se trata de evitar relaciones contractuales de carácter perpetuo, que serían contrarias a los principios generales de nuestro ordenamiento, como pueden ser los artículos 400, 1.052, 1.705, 1.732 ó 1.750 del Código Civil y 279 del Código de Comercio. Los contratos pactados por tiempo indefinido se reconducen siempre, como veremos, a contratos de duración temporal determinada. En el Derecho europeo la duración limitada es elemento esencial para proteger la libre competencia: vid. arts. 3.b) –prohibición de contratos de compra exclusiva cuya duración sea indeterminada o superior a 5 años–; 8.1.c) y d) –prohibición de contratos de suministro de cerveza de duración indeterminada o superior a 5 ó 10 años, según los casos–; y 12.1.c) –prohibición de contratos de estaciones de servicio de duración indeterminada o superior a 10 años–, todos ellos del Reglamento 1984/83.

6. Es un *contrato «intuitu personae»*. Es elemento esencial de este contrato el conjunto de condiciones personales tanto del concedente como del concesionario. El concedente contrata precisamente en atención a la persona del concesionario y éste, a su vez, lo hace de acuerdo con las características esenciales del concedente. Más aún, el carácter «intuitu personae» se revela en el hecho de que el pacto de exclusiva es un elemento esencial de este contrato, de manera que el concedente contrata única y exclusivamente con el concesionario precisamente en atención a las condiciones personales de este último y viceversa.

7. Es un *contrato, por así decirlo, «intuitu loci», «intuitu materiae» e «intuitu temporis»*. En este contrato los elementos circunstanciales del lugar, objeto material y tiempo de ejecución de las prestaciones resultan también esenciales, nuevamente dadas las características de exclusividad en las que se basa. El lugar de ejecución del contrato, más precisamente el ámbito geográfico delimitado de la exclusiva, es indispensable para definir las prestaciones del concesionario; también lo es la materia o naturaleza a la que se refieren dichas prestaciones y, en concreto, las características de los bienes o servicios que se conceden, especialmente los llamados «de marca», frente a los simples genéricos; igualmente es indispensable el tiempo, tanto total como los plazos parciales en los cuales se va a ejecutar la prestación del concesionario, es decir la promoción, distribución y reventa en su propio nombre y por su propia cuenta de los bienes o servicios vendidos.

8. Es un *contrato de exclusiva*, es decir que excluye expresamente la competencia de terceros. Tanto el concedente como el concesionario se comprometen a no concurrir ni por sí ni por medio de otro contrato en la actividad concedida, de manera que el concesionario sea el único sujeto autorizado para llevar a cabo las prestaciones convenidas y para atender los bienes o servicios vendidos en el ámbito geográfico y temporal definidos en el contrato. La exclusividad del contrato es así elemento esencial e indisociable de la concesión de venta y, por lo tanto, es el elemento que más problemas ha planteado a la hora de definir si afecta o no a la libertad de competencia mercantil. En todo caso, *se trata de contratos entre empresas que no operan en el mismo nivel económico, sino en niveles económicos diferentes* (como sucede también con la franquicia, por ejemplo), lo cual da lugar a que los principios rectores de la libre y leal competencia empresarial no produzcan los mismos efectos que si se tratara de acuerdos entre empresas del mismo nivel (vid. la exposición de motivos o preámbulo del Reglamento (CE) 1582/97, de la Comisión, de 30 de julio de 1997).

9. Es un *contrato generalmente de adhesión*, en la medida en que la distinta posición económica de las partes da lugar a que el concedente establezca las características del contrato unilateralmente y el concesionario se limite usualmente a adherirse a ellas. Únicamente en aquellos casos de concesionarios cuya actividad empresarial esté suficientemente desarrollada como para poder diversificar los productos o servicios distribuidos, podrá admitirse un determinado género de clausulado contractual en términos distintos de la pura y simple adhesión.

10. Es un *contrato parcialmente atípico en la legislación española*, en la medida en que no está directamente regulado por ninguna norma legal interna, pero sí lo está por normas comunitarias europeas que se aplican directamente en España en determinados sectores. Por lo tanto es sólo parcialmente atípico. La doctrina sigue repitiendo incansablemente la atipicidad de este contrato partiendo exclusivamente de la limitada visión jurídica desde el Derecho interno español. Como es evidente, el principio jurídico de integración del ordenamiento comunitario en los ordenamientos internos de cada Estado provoca que no sea posible admitir sin más la calificación de atípico respecto a este contrato sino sólo a lo sumo en cuanto a las modalidades que de él no recoge la normativa europea.

11. Es un *contrato cuya finalidad económica es la distribución comercial de bienes y servicios, pero cuyo instrumento jurídico se funda en un vínculo contractual de colaboración recíproca entre los empresarios*. En ese sentido podría situarse dentro de los diferentes contratos que la doctrina (por todos, Uría), califica como contratos de colaboración, como podrían ser el contrato estimatorio, el de suministro, el de agencia, o el de franquicia, entre otros. De acuerdo con ello, sería elemento esencial de este contrato esta finalidad de colaboración empresarial recíproca.

12. Es un *contrato complejo o mixto*, en el cual hay prestaciones que también pertenecen a otros diferentes contratos típicos, especialmente los de compraventa en sus distintas modalidades, suministro y ocasionalmente también el contrato de agencia, aunque esto último no se produzca en todos los casos ni en el ámbito interno ni en el internacional, aspecto este último cada día más evidente en su frecuencia de uso.

13. Es un *contrato sui generis*, distinto de otros, con los cuales puede tener más o menos relación, como pudieran ser los contratos llamados estimatorio, de suministro, de agencia o de franquicia.

- a) *Contrato estimatorio*. Es aquél por virtud del cual una de las partes (tradens) entrega a la otra (accipiens) determinadas cosas muebles, cuyo valor estima en una cantidad cierta, obligándose ésta a procurar la venta de dichas cosas dentro de un plazo y a devolver el valor estimado de las cosas que venda y el resto de las no vendidas. Aquí no hay transmisión del dominio sobre las cosas sino una transferencia del poder de disposición sobre ellas reservándose el tradens la titularidad dominical.
- b) *Contrato de suministro*. Es aquél por virtud del cual una de las partes (suministrador) se obliga a realizar en favor de la otra (suministrado) diferentes entregas sucesivas y periódicas de una determinada cosa a cambio de un precio. Es un contrato necesariamente de tracto sucesivo que en realidad es una compraventa de carácter continuado en el tiempo a través de prestaciones homogéneas. Bajo la vigencia del Código de Comercio de 1829 la doctrina estudiaba este contrato como una subespecie de los llamados «contratos-empresas». Aunque la concesión de venta puede tener ciertos elementos comunes con el contrato de suministro, presenta habitualmente un contenido mucho más amplio.
- c) *Contrato de agencia*. Es aquél por virtud del cual una persona natural o jurídica, agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable, 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, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones. El agente es, por lo tanto, un intermediario independiente que actúa en nombre y por cuenta ajena salvo que haya un pacto expreso de exclusividad, supuesto en el cual caeríamos fuera del estricto contrato de agencia. La actividad propia del agente consiste en promover y/o concluir actos u operaciones de comercio (con algunas excepciones relativas a determinados mercados secundarios de valores) a través de un sistema de colaboración estable o duradera por tiempo determinado o indeterminado, pero siempre remunerado y con posible prohibición de competencia por plazo inferior a dos años. Lo característico de la comisión de venta, en cambio, es actuar en nombre y por cuenta propios, de modo que cuando el agente actúa de esta precisa forma —es decir, en nombre y por cuenta propios—, en realidad deja de ser un agente y se convierte en concesionario, cambiando la naturaleza de su contrato con el concedente, que ya no sería un contrato de agencia sino de concesión de venta.
- d) *Contrato de franquicia*. En sentido económico la franquicia es un sistema técnico más de distribución comercial de bienes y servicios, mientras que en sentido jurídico presupone la existencia de un vínculo contractual de colaboración entre los empresarios para facilitar al franquiciador la penetración en el área geográfica del franquiciado, el cual, a cambio de un canon o royalty, puede ofrecer al público los productos o servicios de prestigio ofrecidos por el

franquiciador. La franquicia no suele dar lugar a un único contrato sino a una pluralidad de contratos y más bien se trata de un «amplio marco jurídico obligacional que abarca elementos peculiares de varios contratos, unidos entre sí por el deseo común de potenciar (la) finalidad de colaboración empresarial (y lograr también una mejor distribución comercial)» (Uría). Como hemos visto, se trata de un contrato que presenta no pocas afinidades con la comisión de venta, pero que se distingue de ésta por su nota de doble exclusividad, que no se produce siempre en la comisión de venta (y que incluso se prohíbe en el Derecho europeo).

## 8. Elementos personales

Los elementos personales del contrato son el concedente (a quien en las normas de Derecho europeo se suele denominar proveedor, aunque el modelo de la CCI le llame impropriamente «suministrador», como veremos) y el concesionario.

- a) El *concedente* es una empresa, con forma de personificación tanto individual como colectiva, que es el fabricante o distribuidor principal del producto, bien o servicio de que se trate. Habitualmente se trata de grandes compañías fabricantes de cerveza, de vehículos automóviles, productos alimenticios, helados, herramientas, productos manufacturados, etc., que desean beneficiarse de las ventajas que les proporciona un mejor conocimiento de las condiciones del territorio o país en el que desean introducir o distribuir sus bienes o servicios. Para ello acuden al mejor conocimiento que pueda tener el concesionario, como empresa vinculada al espacio territorial de que se trate.
- b) El *concesionario* es la empresa, también en forma personificada individual o colectiva, que se obliga al reparto y venta de los productos, bienes o servicios que adquiere. Su beneficio está formado por el diferente precio que obtiene en la reventa. Sin embargo, deberá cumplir en todo momento las características establecidas en el contrato en cuanto a los precios de reventa, propaganda y publicidad, mínimo determinado en unidades de tiempo y de espacio en su caso, calidad del producto y demás condiciones que establezca el contrato.

## 9. Contenido del contrato

De acuerdo con lo señalado, las prestaciones de las partes podrían resumirse a grandes rasgos del modo siguiente:

1. *Obligaciones del concedente*. El concedente está obligado:
  - a) A entregar (poner a disposición) al concesionario los productos, bienes o servicios correspondientes en perfectas condiciones para su reventa.
  - b) A hacerlo bien de forma única o de la forma sucesiva que requieran las características de la prestación.

2. *Obligaciones del concesionario*. Por su parte, el concesionario está obligado:

- a) A pagar el precio de venta al concedente.
- b) A revender los productos contractuales a su riesgo y ventura y a los precios fijados por el concedente.
- c) A revender los productos contractuales dentro del ámbito territorial establecido en el contrato sin invadir territorios distintos.
- d) A revender un número mínimo de unidades, en su caso.
- e) A llevar a cabo todas las actuaciones de promoción y difusión publicitaria necesarias para el cumplimiento del contrato.
- f) A no alterar las condiciones y calidad de los bienes o servicios vendidos tal y como están fijados por el concedente.

En realidad el contenido de las obligaciones de las partes es notablemente amplio. Como muestra podemos citar las que resultan del *Reglamento (CEE) 1475/95 en el sector de vehículos automóviles (artículos 1 a 5)*.

El *proveedor* se obliga:

1. A suministrar vehículos automóviles nuevos, de tres o más ruedas, para su utilización en las vías públicas, así como sus piezas de recambio, con carácter exclusivo en el ámbito de una zona territorialmente definida bien a una sola empresa bien a una empresa o a un número determinado de empresas de la red de distribución.
2. A no vender productos contractuales a usuarios finales en el territorio convenido y a no garantizarles el servicio.

Por su parte, el *distribuidor* se compromete a:

1. No modificar los productos contractuales sin consentimiento del proveedor.
2. No fabricar productos competitivos.
3. No vender vehículos automóviles nuevos ofrecidos por terceros más que en locales de venta separados y sujetos a una gestión distinta mediante una entidad jurídica diferente sin posible confusión entre las marcas.
4. En caso de servicio postventa efectuado en un taller común, no permitir a un tercero el beneficio indebido de las inversiones realizadas por el proveedor en materia de instalaciones y personal.
5. No vender piezas de recambio que compitan con los productos contractuales y no alcancen su nivel de calidad.
6. No suscribir acuerdos de distribución y de servicio de venta y postventa con empresas que ejerzan su actividad en el territorio convenido sin consentimiento del proveedor.

7. No mantener sucursales o depósitos para la distribución fuera del territorio convenido.
8. No hacer prospección de clientela para los productos contractuales y otros correspondientes utilizando medios de publicidad personalizada fuera del territorio convenido.
9. No transferir a terceros la distribución o el servicio de venta o postventa fuera del territorio convenido.
10. No suministrar a un revendedor productos contractuales o piezas de recambio más que en determinadas condiciones.
11. No vender los vehículos a intermediarios sino a usuarios finales.
12. Observar exigencias mínimas en la distribución y el servicio de venta y postventa en materia de equipamiento, formación de personal, publicidad, recepción, almacenamiento y entrega de productos, reparación y mantenimiento de productos.
13. Solicitar los productos contractuales al proveedor en fechas o períodos determinados.
14. Esforzarse en vender un número mínimo de productos contractuales fijados de común acuerdo.
15. Mantener un stock de productos contractuales.
16. Mantener vehículos de demostración pertenecientes a la gama considerada por el acuerdo.
17. Prestar garantía y servicio gratuito a los productos contractuales y piezas de recambio consideradas.
18. Informar a los usuarios cuando utilice o vaya a utilizar en las reparaciones piezas de recambio procedentes de terceros.
19. Imponer a las empresas con las que haya celebrado acuerdo de distribución y servicio la obligación de prestar la garantía así como el servicio gratuito.

## **10. Duración del contrato**

El contrato de concesión de venta es esencialmente temporal, pero puede pactarse tanto de forma temporalmente definida como indefinida.

- a) *Contrato con duración determinada.* Si el contrato tiene una duración determinada se extingue por el cumplimiento del plazo establecido, pero lo usual es que se extinga por resolución unilateral como consecuencia del incumplimiento de la parte contraria. Generalmente no es necesario el preaviso. Ahora bien, en caso de que, una vez extinguido el contrato por transcurso del plazo inicialmente previsto, las partes continúen ejecutándolo, la jurisprudencia entiende que el contrato se transforma en otro de duración indefinida (a tal efec-

to véase la Sentencia de 8 de junio de 1995 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, asunto Schöller/Comisión), en el que se establece que «los acuerdos del tipo “contratos con duración fija de dos años como máximo y prórroga automática al finalizar dicho período” se celebran por “tiempo indefinido” a efectos de la letra d) del artículo 3 del citado Reglamento»; se trata de un asunto de distribución en exclusiva de helados en una zona geográfica determinada; citado por Valenzuela, páginas 1.310 y 1.311, nota 33).

- b) *Contratos celebrados por tiempo indefinido*. El contrato de concesión de venta suele ser más habitualmente celebrado por tiempo indefinido. En este caso se suele establecer la denuncia unilateral por una de las partes mediante preaviso escrito con una determinada antelación. Esta facultad de denuncia unilateral sin necesidad de alegación de justa causa se fundamenta en el carácter personalísimo del contrato. En este sentido se entienden transformados directa y automáticamente en contratos de duración indefinida aquellos contratos inicialmente de duración determinada que sean prorrogados por voluntad tácita de las partes (por ejemplo, véase la Directiva 86/653/CEE, artículo 14, citada por Valenzuela, página 1.310).

### III. EL CONTRATO DE VENTA EN EXCLUSIVA. EL MODELO DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (CCI)

#### 1. Descripción general

1.1. De acuerdo con su propia tradición y funciones, la CCI ha elaborado un *modelo de contrato que denomina de concesión de venta* (aunque también lo llama contrato de concesión comercial o de distribución), con la finalidad de que pueda ser utilizado por las empresas en los contratos de esta naturaleza de carácter internacional. En todo caso este modelo no debe reemplazar en absoluto a la propia voluntad directa de las partes ni, desde luego, debe reemplazar al imprescindible asesoramiento legal con el que las partes deben contar, especialmente de expertos legales de los países ajenos. El texto fue publicado en noviembre de 1997 por el Comité Español de la CCI.

1.2. El *primer principio básico* del modelo es el de la *autonomía de la voluntad* con sumisión explícita al *arbitraje internacional* en el seno de la CCI, pensando además que no hay muchas legislaciones al efecto y que la posible existencia de pactos de sumisión legal da lugar también a la necesidad de atenerse escrupulosamente al contrato. El *otro principio básico* del contrato es el respeto al *equilibrio* entre los intereses de las partes de manera que «este modelo de contrato no favorece a una de las partes en particular, sino que tiende a tutelar de modo equilibrado los legítimos intereses de ambos contratantes».

1.3. Como es natural, se trata de un *contrato de naturaleza internacional*, de manera que sólo mediante la correspondiente adaptación podría ser utilizable en el ámbito interno de los distintos países.

1.4. Los *sujetos intervinientes* son llamados suministrador y concesionario/distribuidor. En cuanto a este último, lo característico de este contrato es que, por una parte, el concesionario *no es en ningún caso un agente*, salvo que expresamente se le atribuya esta condición; y, en segundo lugar, que *se trata de un mayorista/importador*, de manera que el modelo en principio no está previsto para los concesionarios que tengan la condición de minoristas, sin perjuicio de que gran número de cláusulas del modelo puedan serles aplicables.

1.5. El contrato tiene un *objeto* que viene definido por las prestaciones de las partes, configurándose como un contrato de los denominados de distribución exclusiva, de forma que el concesionario no sea simplemente un revendedor sino que quede vinculado al concedente de una manera estrecha en términos de exclusividad y, por lo tanto, de estricta lealtad entre las partes.

Por lo demás, se trata de un *contrato marco* que da lugar a que las partes celebren entre sí una determinada serie de contratos, singularmente de venta, sometidos a normas específicas.

## 2. Caracteres

Los caracteres que pueden predicarse de este contrato de concesión de venta, serían los siguientes:

1. Es un *contrato internacional*.
2. Es un *contrato regido por el principio de autonomía de la voluntad*, con cláusula expresa de sumisión al *arbitraje internacional* en el seno de la CCI.
3. Es un *contrato que persigue un equilibrio entre las partes*, aunque no pocas cláusulas de él parecen inclinarlo claramente en favor del concedente, como sucede con los artículos 7.4, 5 y 6; 10 en relación con el 17.3; 13.1; 20.1.A; Anexo VII párrafo penúltimo; Anexo X, nota 34; Anexo XI, párrafo 4.
4. Es un *contrato de exclusividad unilateral* entre el concedente y el concesionario, sin perjuicio de la posible doble exclusividad de éste respecto de aquél.
5. Es un *contrato marco* que permite y exige la conclusión de otra serie de relaciones contractuales entre las partes.
6. Es un *contrato inicialmente de larga duración*, que excluye desde luego la relación puramente esporádica.
7. Es un *contrato relativo a bienes o productos*, que precisamente han de ser de los denominados «*de marca*». En principio, están excluidos los servicios, que sólo tienen el carácter de prestaciones accesorias en este contrato, el cual está pensado preferentemente para bienes materiales.
8. Es un *contrato tipo*, es decir elaborado como un modelo previamente escrito, que las partes deben rellenar o suprimir en determinados aspectos.

9. Es un *contrato excesivamente amplio en el ámbito internacional*, que en realidad incluye dos grandes categorías contractuales derivadas de la aplicabilidad o no del Derecho europeo, sin perjuicio de las demás cautelas que hubiera que establecer en función de los respectivos países. Quizá pudiera ser, por lo tanto, más útil, establecer dos modelos contractuales diferentes, uno para el ámbito europeo y otro para el resto de países.
10. Es un *contrato, en cambio, excesivamente limitado en relación con los sujetos*, ya que el concesionario debe ser en todo caso un mayorista, sin perjuicio de que pudiera ser también aplicable a concesionarios que tuvieran la condición de minoristas, simultáneamente o no con la anterior.
11. El *contrato está fuertemente condicionado por posibles legislaciones nacionales en determinadas cláusulas*, no sólo por la aplicación del Derecho europeo.
12. El contenido de las *prestaciones del concesionario* no está especialmente perfilado en *relación con un contrato de agencia*, con el cual tiene evidentes relaciones.

### 3. Estructura del contrato

El contrato va precedido de un breve encabezamiento con identificación de las partes y sin exposición justificativa, aunque se prevé la posibilidad de una previa exposición, lo cual resultaría del todo recomendable sobre todo a efectos hermenéuticos, si bien sin excesiva extensión.

El clausulado del contrato está dividido en 25 artículos, de los cuales 7 apartados o artículos son de redacción alternativa, aunque en realidad hay alguno más. Además hay 11 Anexos, identificados mediante números romanos, cuya obligatoriedad y extensión resultan variables.

### 4. Contenido del contrato

1. En el *encabezamiento*, la referencia a las partes incluye la mención de un «suministrador», término éste que resulta claramente incorrecto por los motivos siguientes:

- a) Está tomado de la versión directa inglesa («supplier»), mientras que en la versión francesa se habla de concedente («concedant»).
- b) El término usual en la práctica y doctrina mercantil española es el de «concesión» para el contrato y «concedente» y «concesionario» para las partes.
- c) La contraparte del llamado suministrador se denomina efectivamente concesionario, no suministrado.

- d) El carácter del contrato como un contrato de suministro es limitado; la concesión de venta es mucho más amplia que un simple contrato de suministro y no siempre se resuelve además en prestaciones de tracto sucesivo.
- e) En el propio modelo contractual se utilizan referencias generalizadas a la concesión, que incluyen el propio nombre del contrato, que se denomina así de concesión de venta y la propia acción que realiza el concedente que es precisamente la de «conceder»: artículo 1.1 («el suministrador concede al concesionario/distribuidor...»).

En todo caso no estaría de más hacer una mención expresa a la nacionalidad de las partes, concedente y concesionario.

2. Sería del todo útil elaborar un *preámbulo o exposición justificadora* a continuación de la identificación de las partes, con efectos interpretativos y extensión breve, que coincida desde luego con el clausulado contractual.

3. En el *artículo 1* debe decirse lo siguiente:

3.1. Los productos contractuales son desde luego bienes, excluyendo en este contrato los servicios; en concreto se tratará de bienes materiales «de marca», es decir de unas características y calidades determinadas. El modelo no define qué se entiende por producto pero el concepto contractual que viene a utilizar es notablemente amplio. A estos efectos puede ser ilustrativo, pese a su reducido ámbito, la definición o concepto legal de producto contenido en el artículo 2 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (que desarrolla la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985): «1. A los efectos de esta Ley, se entiende por producto todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, excepto las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de la caza y de la pesca que no hayan sufrido transformación inicial. 2. Se consideran productos el gas y la electricidad».

3.2. En el artículo 1.2 la exclusión de la obligación del concedente de informar al concesionario acerca de nuevos productos se fundamenta exclusivamente en una expresión («no se considera probable que pueda asegurar la venta») que es notablemente ambigua y que puede dar lugar a dificultades interpretativas. Mejor sería dejar una cláusula abierta a posibles pactos ulteriores, con eventuales garantías de confidencialidad.

4. En el *artículo 2.2* la frase que contiene («todas las disposiciones de este contrato, así como las declaraciones que puedan realizar las partes en relación a él serán interpretadas de buena fe»), quiere decir no simplemente que cualquiera, especialmente los árbitros en su caso, pueda interpretar de buena fe las cláusulas del contrato, sino que precisamente sean las partes las que interpreten y apliquen el contrato de acuerdo con el principio de buen fe y absoluta probidad.

5. En el *artículo 3* debe decirse lo siguiente:

- 5.1. No se recoge la obligación del concesionario de comprar y pagar al concedente el precio correspondiente, que es precisamente lo característico de este contrato en la relación inicial inter partes.
- 5.2. En el apartado 3.1 donde dice «en nombre y por cuenta propia», debe decir «en nombre y por cuenta *propios*» (véanse las versiones inglesa y francesa a respecto).
- 5.3. En el apartado 3.2 la expresión inicial es del todo incorrecta cuando dice que el concesionario/distribuidor «se compromete a esforzarse por aumentar las ventas». No se trata meramente de intentar, sino de poner todos los medios a su alcance, como se dice correctamente en el artículo 8.2 o en el Anexo XI apartado 2 y en las correspondientes versiones inglesa y francesa tanto de este artículo 3.2 como del 7.2, aunque en todos los casos se emplean expresiones que no coinciden totalmente entre sí (artículo 3.2: «to use its best efforts» c «s'engage à mettre tout en oeuvre»; artículo 7.2: «to make its best efforts»: «s'engage a faire tous ses efforts»; Anexo XI.2: «to make its best efforts». –como en el artículo 7.2–; «s'engage à mettre tous ses efforts»).
- 5.4. En el artículo 3.4 se recoge una verdadera cláusula de agencia, motivo por el cual debería aclararse expresamente que se trata de una cláusula puramente opcional y no esencial, ya que contradice los términos explícitos del contrato, que excluyen la agencia: artículos 3.1 y 3.3.

Por otro lado, la expresión inicial es incorrecta y no coincide tampoco con la versión inglesa que hace referencia no ya meramente a «transmitir al suministrador ... los asuntos» (lo cual sería también una traducción directa de la versión francesa: «transmettre au coincidente ... les affaires»; la versión inglesa dice «refer such bussines to the supplier»), sino a un auténtico caso de cesión de contrato en términos jurídicos, de manera que el llamado suministrador se relacione directamente con el cliente del concesionario (expresión ésta que, por cierto, figura en la versión inglesa, pero no en la española, ni en la francesa: «for a direct sale *to the costumer*»).

6. En el *artículo 4* debe decirse lo siguiente:

- 6.1. El artículo recoge uno de los elementos esenciales de este contrato, que es el pacto de exclusiva. Se trata de una exclusividad unilateral, en el sentido de que vincula únicamente al concesionario, que sólo podrá quedar vinculado frente a un único concedente, pero no a este último, al cual no se le impide la contratación con terceros de manera absoluta. La cláusula de no concurrencia tiene un ámbito interno que se refiere a los propios productos objeto del contrato. Sin embargo, en el ámbito externo, es decir respecto de otros productos distintos habría que decir lo siguiente:
  - a) Si se tratara de productos no competitivos, no habría ninguna dificultad en admitirlos.

- b) Si se tratara de productos competitivos, pero su distribución se realizase en un territorio distinto al contractual, en principio la interpretación sensu contrario de la cláusula 4.1 permitiría la actividad del concesionario.
- c) Si se tratara de productos competitivos en el territorio del contrato, se entraría de lleno en la prohibición de concurrencia.

Desde luego el pacto de exclusiva no puede exceder más allá del territorio establecido en el contrato puesto que de otra manera se incurriría en una prohibición contraria al Derecho europeo.

6.2. En el artículo 4.1, en concreto, el término «representar» (que también se utiliza en el artículo 4.2 y 3 y en la nota 7), resulta jurídicamente inexacto porque asemeja la actividad del concesionario a la que presta el agente. Sin embargo, el término no debe interpretarse en un sentido jurídico estricto vinculado a la noción de representación jurídica sino más bien de acuerdo con su sentido mercantil o comercial usual, es decir como sinónimo de llevanza de negocios, asuntos, productos, bienes o servicios; dicho con otras palabras, se refiere a la actuación dentro del giro o tráfico propio de la empresa de que se trate en relación con el objeto del contrato.

6.3. En el artículo 4.2 habría que decir lo siguiente:

- a) La exclusión de los productos no competitivos que procedan de un tercero que sea competidor del concedente, sería claramente contraria al Derecho europeo en la medida en que encerraría una cláusula de doble exclusividad, pero resultaría perfectamente posible en otros países distintos.
- b) La facultad que el concesionario tiene para con los productos que no sean competitivos respecto de los productos que son objeto del contrato se refiere desde luego al territorio contractual, que es un elemento esencial del contrato, aunque el artículo 4.2 no lo diga expresamente.
- c) En el inciso final, la expresión «para el que el concesionario/distribuidor desea *trabajar*», tiene un carácter meramente coloquial y por lo tanto no es del todo correcto en sentido jurídico. Mejor resultan las expresiones del texto en inglés («wishes to act») y en francés («entend intervenir»).
- d) En el inciso final la expresión «no es de esperar que» recuerda por su vaguedad a la recogida en el artículo 1.2 («no se considera probable»), en una dualidad terminológica que asimismo se produce en el texto inglés y también parcialmente en el francés (art. 1.2: «it is not to be expected that»; «il est déraisonnable d'envisager»; art. 4.2: «it is unreasonable that»; «lorsqu'il est déraisonnable d'estimer»).
- e) Por lo demás, respecto de la exclusión del deber de información, aquí como en el artículo 1.2 debe atenderse al principio general de la buena fe que se exige en este contrato (vid. artículo 2.1).

7. En el *artículo 5* debe decirse lo siguiente:

- 7.1. En el artículo 5.1, la referencia al servicio postventa es meramente hipotética («en su caso»), pero en todo caso debería coherenciarse plenamente con el artículo 14.2, el cual, a su vez, se remite al Anexo IX. La solución mejor sería o bien una doble remisión (desde el artículo 5.1 al 14.2 y desde éste al Anexo IX), o, pura y simplemente, la supresión de la referencia al servicio postventa en el artículo 5, dejándolo todo únicamente en el artículo 14.
- 7.2. En el artículo 5.2 hay una posible desconexión con el artículo 4.3 que establece una declaración obligatoria de los proveedores clientes, mientras que aquí en el artículo 5.2 tal declaración parece puramente potestativa y se limita a ser una recomendación por su utilidad.

8. En el *artículo 7* cabe decir lo siguiente:

- 8.1. En el artículo 7.2 nuevamente nos encontramos con una expresión incorrecta, como sucede con la del artículo 3.2. A estos efectos, mejor sería utilizar la expresión contenida en el artículo 8.2 o en el Anexo XI apartado 2, y, desde luego, en las correspondientes versiones inglesa y francesa, como se ha dicho anteriormente.
- 8.2. En el artículo 7.3 la remisión que se hace al Convenio de Viena parece de todo correcta y podría ser más utilizada a lo largo del contrato.
- 8.3. En el artículo 7.4 el inciso final relativo a la posibilidad de modificación de los precios en todo momento con un simple preaviso de un mes puede suponer una cláusula que favorezca excesivamente la posición del concedente en contra del concesionario. También podría fijarse los precios definitivamente en el contrato, aunque con una cláusula de posible oscilación controlada.
- 8.4. En el artículo 7.5 la relación contempla exclusivamente la posición del concesionario, pero no la del concedente, el cual puede también incurrir en mora o en incumplimiento de sus obligaciones.
- 8.5. En el artículo 7.6 donde dice «no haya recibido integralmente su pago», debe decir «no haya recibido *íntegramente* su pago», para evitar el galicismo (véase al efecto el texto en inglés: «has received payment in full»). En todo caso esta cláusula que implica una reserva de dominio no puede utilizarse en ningún momento en perjuicio de terceros, máxime en los casos en que haya habido transmisión de la propiedad a terceros de buena fe por parte de concesionario.

9. En el *artículo 9* debe decirse lo siguiente:

- 9.1. En la rúbrica, la remisión que se hace a la posibilidad de añadir una cláusula para que cada parte se comprometa a no contratar subcontratistas, agentes o empleados de la parte contraria tiene sentido lógicamente sólo cuando se refiere al concesionario, para evitar que éste contrate a personas o empresas que dependan directamente del concedente, pero no a la inversa.

9.2. En el artículo 9.1, la nota 17 establece que *la posibilidad de que el concesionario no pueda subcontratar sin el previo consentimiento del concedente «es probablemente contraria al Reglamento CEE 1983/83 en la medida en que la libertad del Concesionario/Distribuidor de organizar su red de venta queda limitada»*. Sin embargo, *tal prohibición de subcontratar sin consentimiento del concedente no tiene por qué ser expresamente contraria al citado Reglamento comunitario siempre que medie un acuerdo expreso*, ya que, según el artículo 2.3.d) párrafo 4º del Reglamento 1983/83, el concesionario está obligado a tomar medidas de promoción de venta y, en particular, a «emplear a personal con formación técnica o especializada», sin que esté expresamente excluido que dicho personal sea proporcionado e incluso instruido por el propio concedente (véase por ejemplo el deber de suministrar información técnica que incumbe a los proveedores de acuerdo con el artículo 6.1.12 del Reglamento 1475/95 en el sector de automóviles).

10. En el *artículo 10* se regula el deber del concesionario de suministrar información al concedente en todo lo que se refiere al contenido del contrato. El deber de información es bastante amplio y contrasta incluso con el que de forma recíproca se impone al concedente en el artículo 17 apartado 3, cuya redacción es notablemente más reducida. En todo caso, la actividad del concesionario incluye las relaciones con terceros respecto a competidores y consumidores pero forma parte del deber de buena fe y recíproca lealtad entre las partes contratantes que resulta del artículo 2.1 del contrato.

11. En el *artículo 11* debe decirse lo siguiente:

11.1. En la versión A, el régimen de libertad de precios debe ponerse en relación con el artículo 7.4.

11.2. En cuanto a la versión B, *se trata de una regla que efectivamente es contraria al Derecho europeo de acuerdo con el artículo 6.1.6 del Reglamento 1475/95 y asimismo con el artículo 6.d).2 del Reglamento 1983/83*, en la medida en que cabe prohibir el contrato cuando el concesionario exclusivo «venda los productos ... a precios excesivos», lo cual es una limitación para evitar también abusos por parte del concesionario exclusivista. *En materia de vehículos automóviles, el citado Reglamento 1475/95 prohíbe el pacto de fijación de precios cuando el fabricante, el proveedor u otra empresa de la red restrinja directa o indirectamente la libertad del distribuidor de fijar los precios y descuentos de reventa de los productos contractuales o productos correspondientes*. En todo caso adviértase que en el modelo de contrato CCI el comprador revendedor es siempre mayorista y que, por otra parte, podría intentarse un régimen de precios orientativos en forma de precios máximos y mínimos que no llegasen a restringir la libertad de fijación de precios.

12. En el *artículo 12* (venta fuera del territorio contractual) debe decirse lo siguiente:

12.1. La versión A es conforme con el artículo 2.2 del Reglamento 1983/83.

12.2. En cuanto a la versión B (prohibición de venta fuera del territorio contractual) resulta claramente contraria al Derecho europeo: artículo 6.c) del Reglamento 1983/83.

13. En el *artículo 13* la regla del apartado 1 relativa a que la identificación de los productos y su promoción se producirá «en interés exclusivo del suministrador», debería ser sustituida por una referencia al interés mutuo o común de las partes, aunque sin menoscabo en absoluto del interés del concedente. Adviértase que de acuerdo con el artículo 11 en su versión A, el concesionario no puede llevar a cabo ninguna política de precios que pueda perjudicar la imagen de los productos.

14. En el *artículo 14* apartado 2 deberá tenerse en cuenta lo antes dicho en relación con el artículo 5 apartado 1. En todo caso el servicio postventa parece del todo indispensable en ciertos ámbitos, como cuando se trata de bienes de uso o consumo duradero como, por ejemplo, sucede en el ámbito de los automóviles sometidos al Reglamento 1475/95 (cf. artículo 4.1.1 de éste).

15. En el *artículo 15* debe decirse lo siguiente:

15.1. El artículo 15 apartado 1 recoge el pacto de exclusiva que, como se ha dicho, resulta esencial para el presente contrato. Viene a estar directamente relacionado con el artículo 4, incluso al utilizar el mismo verbo «representar», con las características que antes han sido indicadas.

15.2. En el artículo 15 apartado 2, versión A, en el inciso segundo donde dice «el suministrador no podrá solicitar expresamente a sus clientes que realicen por otros medios dichas ventas a terceros», debería decir «el suministrador no podrá solicitar expresamente a *dichos* clientes que realicen por otros medios dichas ventas a terceros, ya que se trata de los clientes precisamente de fuera del territorio (cotéjese con la versión francesa: “ces clients”)».

15.3. En el artículo 15 apartado 2, la versión B (prohibición de venta) *es claramente contraria al Derecho europeo* (vid. el artículo 6.c) del Reglamento 1983/83).

16. En el *artículo 16 apartado 1*, el derecho del concesionario a la comisión resulta una directa consecuencia del derecho de exclusividad recogido en el artículo 15.

17. En el *artículo 17* debe decirse lo siguiente:

17.1. En el artículo 17 apartado 1 donde dice «El Suministrador proporciona al Concesionario/Distribuidor», debe decir «El Suministrador *proporcionará gratuitamente* al Concesionario/Distribuidor», no sólo para respetar la forma terminológica en futuro habitual del contrato sino, de manera más importante, para que el texto coincida con la versión en inglés y también con la versión francesa, que establecen precisamente la gratuidad en el suministro de información («free of charge»; «gratuitement»).

17.2. El artículo 17 apartado 3 recoge el deber de información del suministrador que debería afectar no sólo a las novedades relacionadas con los clientes sino también con terceros, en particular consumidores y usuarios, para equilibrarlo con el deber de información que recoge el artículo 10 apartado 2 respecto del concesionario y en aras de la lealtad recíproca de las partes del contrato del artículo 2.1.

18. En el *artículo 18* debe decirse lo siguiente:

18.1. En el artículo 18 apartado 1, *la versión A resulta contraria al Derecho europeo* en ciertos casos como los recogidos en el Reglamento 1984/83 (artículos 8 y 12), en cuanto a la fijación de un *plazo máximo de duración del contrato*.

18.2. En el artículo 18 apartado 1, además de la versión B cabe otra posibilidad, como puede ser la fijación de plazos de duración determinada del contrato, por ejemplo en años, con cláusula de renovación y preaviso.

18.3. En el artículo 18 apartado 2, versiones A y B, al referirse al desistimiento unilateral quizá debería estar ello dentro del artículo 19, que afecta a la extinción del contrato, no a su duración.

19. En el *artículo 19* debe decirse lo siguiente:

19.1. En el artículo 19 apartado 1 vuelven a producirse los mismos errores que en el artículo 18.2. Por lo demás, el artículo se refiere a dos supuestos distintos:

a) La concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen una resolución anticipada y que, lógicamente, no deben consistir en ninguna clase de incumplimiento por parte de los contratantes.

b) El caso de incumplimiento grave de las obligaciones contractuales. Se trata aquí de la regla general en materia de contratos, si bien la terminología no resulta adecuada en la medida en que ni siquiera es respetada en el propio contrato. Así, el artículo 20.1.B) habla de «incumplimiento substancial» (al modo establecido en el texto inglés y en la versión francesa que utilizan la misma expresión en los dos artículos: «substantial breach»; «violation substantielle»), si bien este caso de incumplimiento grave o sustancial no es luego aclarado o pormenorizado en el artículo 19.2. Por otro lado, en el Convenio de Viena se habla de incumplimiento «esencial» (artículos 25; 49.1.a); 64.1.a); 72.1; 73.1 y 2) aunque también se habla de incumplimiento «sustancial» (artículo 71.1). En todo caso, la calificación del incumplimiento como grave se llega a atenuar en algunos supuestos hasta llegar a cualquier clase de incumplimiento en la cláusula general del artículo 19.2.

19.2. En el artículo 19.2 debe decirse lo siguiente:

- a) La expresión «se considerará incumplimiento de contrato grave», debe decir «se considerará *incumplimiento grave del contrato*», para que la expresión tenga sentido.
- b) El inciso inicial contiene una alternativa separada por la disyuntiva «o» que no se recoge ni en el texto inglés ni en la versión francesa: «Any failure by a party to carry out all or parts of its obligations under the contract resulting in such detriment to the other parts as to substantially deprived such other parts of what it is entitled to expect under the contract, shall be considered a substantial breach for the purpose of Article 19.1 above»; «Pour l'application du paragraphe 1 ci-dessus, est considérée comme une violation substantielle du contrat tout inexécution par un des contractants de tout ou partie de ses obligations, qui cause à l'autre un préjudice tel que ce dernier est privé de manière substantielle de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat».
- c) A estos efectos contémplese *el artículo 25 y también el 79.1 del Convenio de Viena*. El primero de ellos dice lo siguiente: «el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación».
- d) En todo caso se trata de un artículo poco útil cuya finalidad es servir de cláusula interpretativa si bien, precisamente a estos efectos, no tiene demasiada claridad.

19.3. En el artículo 19 apartado 3 debe decirse lo siguiente:

- a) Nos encontramos de nuevo ante una cláusula interpretativa, respecto de la cual se recomienda incluso una utilización limitada (nota 24).
- b) La expresión «se considerará una prueba aparente de incumplimiento de contrato grave» es manifiestamente inexacta en España. Mejor sería decir «*se considerará, salvo prueba en contrario, un caso de incumplimiento grave del contrato*», para recoger no sólo el supuesto de la presunción *iuris tantum*, sino también una mayor fidelidad con la expresión inglesa o francesa, así como una mejor redacción puramente sintáctica («is to be considered a prima facie evidence of ...»; «doit être considéré en principe, et sauf preuve contraire ...»). Por lo demás véase el Convenio de Viena en el cual el artículo 48.3 dice simplemente que «se presumirá».

19.4. En el artículo 19.4, además de que falte alguna causa de Derecho interno (en España, la suspensión de pagos), la referencia a la Administración judicial debe incluir cualquier clase de medida cautelar de intervención tanto de ca-

rácter judicial como administrativo. En todo caso falta la referencia a la situación de insolvencia. Por lo demás la mención de «cualquier convenio de pago» resulta manifiestamente excesiva a menos que haya precisamente insolvencia, que es la que impide la celebración de convenios entre el deudor y determinados acreedores.

19.5. En el artículo 19 apartado 5, la referencia resulta inexacta ya que en todos los casos el concesionario o distribuidor será siempre una empresa, bien de carácter individual, bien de carácter social. A lo que quizás deba referirse la nota es a los supuestos en los que el concesionario sea una organización compleja, lo cual no privaría al contrato de su característica cualidad de ser «*intuitu personae*». En este caso la persona que reviste importancia no es directamente la del propio concesionario, sino una determinada persona física que forme parte de la organización del concesionario, cualquiera que sea la clase de relación jurídica que le vincule a ella.

19.6. En el artículo 19 apartado 6 se recoge el supuesto de resolución del contrato sin causa y con indemnización, pero estableciendo un determinado preaviso, de forma análoga a la que recoge el artículo 18.2. La cuestión principal se centra aquí precisamente en la fijación de la cuantía de la indemnización, singularmente el supuesto lucro cesante así como los casos en los que será indemnizable éste. La referencia a que esta indemnización es distinta y adicional a la que resulte del artículo 20 debe matizarse, especialmente en lo que se refiere al apartado 2 del artículo 20.

20. En el *artículo 20* debe decirse lo siguiente:

20.1. En el artículo 20 apartado 1, versión A, no hay ninguna razón para excluir del derecho a indemnización el importe del fondo de comercio del concesionario. Se trata más bien de una cláusula redactada en beneficio exclusivo del concedente que debería matizarse en todo caso. Adviértase que la realización de cuantiosas inversiones por parte del concesionario quedaría en todo caso sin indemnización y defraudaría manifiestamente los derechos de dicho concesionario en beneficio exclusivo del concedente; o incluso pudiera manifestar un caso de abuso de derecho.

20.2. En el artículo 20 apartado 1, la versión B, que se refiere al caso de incumplimiento sustancial por parte del concesionario, no tiene por qué ser una cláusula alternativa de la recogida en la llamada versión A.

20.3. En el artículo 20 apartado 2 la referencia a la rescisión o resolución por incumplimiento sólo carece de causa en el supuesto previsto en el artículo 19 apartado 6, pero no en los demás. Es decir, el artículo 20 apartado 2 recoge el supuesto general de incumplimiento contractual que por sí solo genera el derecho a indemnización.

20.4. En todo caso, hay una defectuosa sistemática que se refleja en los citados artículos 18 apartado 2, 19 y 20, que en realidad recogen supuestos distintos

consistentes en la resolución por desistimiento unilateral con preaviso (artículo 18 y sobre todo 19), y la resolución por incumplimiento del contrato (artículo 20).

21. En el *artículo 23 apartado 1* la inclusión de las cláusulas deberá contener la excepción de aquellos casos que sean contrarios al Derecho europeo, por ejemplo el artículo 18 apartado 1 versión A, según hemos indicado.

22. En el *artículo 24* debe decirse lo siguiente:

22.1. En el artículo 24 apartado 3 el texto en francés recoge una frase que no está ni en el texto español ni en el inglés y que se refiere a que *las nulidades parciales no afectan a la totalidad del contrato* y asimismo hace una referencia que tampoco está en ninguno de los otros dos textos y consiste en que la declaración de nulidad sea efectuada *bien por árbitros bien por la jurisdicción competente*. Se trata de una doble expresión que debería recogerse en todo caso. Por lo demás, en el inciso final la expresión «por una buena razón» es un anglicismo que debería sustituirse por la expresión «*con justa causa*».

22.2. En el artículo 24 apartado 4 se efectúa una prohibición de la cesión del contrato, que deberíamos entender que afecta tanto a la totalidad como a cualquiera de las partes del contrato y que está en directa relación con la prohibición de subcontratar que se recoge en el artículo 9.

23. En el *artículo 25* se recoge un único texto auténtico, lo cual es sin duda mejor que una pluralidad de textos en idiomas diferentes.

24. En el *Anexo I* debe decirse lo siguiente:

24.1. En el párrafo 1 al referirse a los productos nuevos deberían citarse necesariamente éstos como productos excluidos.

24.2. En el párrafo 2 cuando se refiere al lugar de negocio debería incluir la referencia relativa a si se trata de la sede principal o una de las sucursales o sedes accesorias del concesionario.

25. En el *Anexo II* debe decirse lo siguiente:

25.1. En el párrafo 3.3 el texto es de la suficiente sustantividad como para poder incluirse directamente en el articulado del contrato ya que se refiere a cualquier pago del precio y se relaciona directamente con el artículo 16.

25.2. En el párrafo 3.4 la referencia a la moneda del contrato debería también incluirse dentro del articulado, en relación con el artículo 7.

26. En el *Anexo V*, párrafo 2, en el inciso final donde dice que «cada parte soportará los gastos de participación en las ferias y exposiciones en las que haya participado», debe decir que «cada parte soportará los gastos de participación en las ferias y

exposiciones *en los que haya incurrido*», puesto que se trata de abonar los gastos causados y ello no viene dado por la mera participación. Asimismo así figura tanto en el texto inglés, como francés («the expenses ... it has incurred»; «les depenses qu'elles a exposées»).

27. En el *Anexo X* se incluye una de las características de este contrato, como es el ser «intuitu personae». Ahora bien, parece estar pensando exclusivamente en el concesionario y no en la persona del concedente, como pudieran ser determinados cambios en la titularidad de la empresa o en la persona de los gestores que hubieran dado motivo a la celebración del contrato por parte del concesionario.