EL CONTRATO DE CONCESION Y DISTRIBUCION COMERCIAL INTERNACIONAL

- **CONCEPTO**

Se entiende por concesión mercantil un acuerdo de voluntades donde un empresario, denominado concesionario, pone el establecimiento del que es titular a disposición de otro empresario o comerciante, llamado concedente para comercializar (vender) por un tiempo indefinido o limitado en una zona geográfica determinada y bajo las directrices y supervisión del concedente, aunque en nombre y por cuenta propia, una serie de productos cuya exclusiva reventa se le otorga en unas condiciones que están predeterminadas .

La utilidad de este contrato en el tráfico mercantil es indiscutible por el efecto económico que plantea: al concedente se le permite la fabricación de una serie de productos al por mayor sin necesidad de preocuparse del régimen de distribución al por menor de los mismos y sin asumir el riesgo de venta final de esos productos, riesgo que asume el concesionario.

El aspecto esencial de este contrato es la EXCLUSIVA ya que sin pacto de exclusiva es imposible que el concesionario pueda desempeñar el negocio en términos aceptables. La exclusiva consiste en limitar la capacidad del concedente para distribuir los bienes objeto de la concesión en el área geográfica determinada por el contrato de concesión.

- **NATURALEZA JURIDICA.−**

Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparadas han examinado la naturaleza jurídica de este contrato, sin que hayan fijado una doctrina segura, debido en parte a al existencia de diversas modalidades contractuales.

Bajo la perspectiva de sus notas características se dice que estamos ante una modalidad de compraventa con exclusiva, otras ante un contrato de suministro con exclusiva, otras ante un contrato mixto de venta y arrendamiento de servicios, o de venta y de agencia. Sin embargo el contrato de concesión o distribución en exclusiva ha de estimarse que es *sui generis* y distinto de todos ellos. Trasladadas al ámbito de la contratación internacional, la ausencia de regulación específica y su discutida naturaleza jurídica, provoca una especial indefinición del régimen jurídico aplicable al contrato.

- **DIFERENCIA CON OTRO TIPO DE CONTRATOS DE COLABORACION.−**

La diferencia principal entre el contrato de **concesión mercantil y el de agencia** es el tipo de relación existente en una y otro caso entre el empresario principal y el distribuidor. En el caso del concesionario, este actúa en su nombre y por cuenta propia, mientras que el agente lo hace en nombre y por cuenta del principal. A través del contrato de concesión se asegura al empresario principal una correcta distribución de sus productos sin que corra riesgos o asuma las responsabilidades propias de quien utiliza la intermediación de distribuidores menos independientes que el concesionario (como el agente).

De otra parte, los contratos de **franquicia** se diferencian de los de concesión mercantil a pesar de que en los supuestos de franquicia de distribución existe notable proximidad, por establecer una integración más intensa entre las partes, así como la particular relevancia que reviste en la franquicia el suministro de asistencia técnica y la transmisión de los derechos de propiedad industrial y *know−how*, para hacer posible la explotación de una concepción empresarial en su conjunto.

- **LA REGULACIÓN ESPAÑOLA Y EL DERECHO COMPARADO.−**

El contrato de concesión mercantil no tiene regulación específica en el ordenamiento español, dejando al margen la normas sobre defensa de la competencia. Esta situación es frecuente en el panorama comparado. Sólo algunos ordenamientos contienen normas específicas reguladoras de la concesión mercantil o algunos de sus aspectos, básicamente con el objetivo de garantizar una tutela adecuada de la posición del distribuidor exigiendo una información veraz sobre la red de distribución en la celebración del contrato y previendo la obligación de indemnizar, para proteger su esfuerzo e inversiones, en caso de extinción por incumplimiento del concedente (como la Ley belga relativa a la resolución unilateral de las concesiones de venta).

- **REGIMEN JURIDICO.−**

La Ley aplicable al contrato internacional de concesión de venta se determina conforme al CR. En este contexto, dos aspectos revisten particular interés. En primer lugar, la importante función preventiva que está llamada a desempeñar la **autonomía de la voluntad** (conflictual) (art. 3 CR) para atenuar la inseguridad jurídica acerca del régimen de estos contratos internacionales. En segundo lugar, en defecto de elección, el art. 4 CR nos enfrenta con el problema de la identificación de aquello que constituye *in casu* la prestación característica. Como contrato de distribución, la función en el mercado del contrato de concesión es diversa de la de un contrato de compraventa. Por ello, parece adecuado que la identificación de su prestación característica corra pareja a la de aquellos otros contratos que cumplen igualmente una función de distribución (en particular, de la agencia), lo que conduciría a considerar como característica la prestación del distribuidor.

Desde la perspectiva conflictual es preciso valorar la aplicabilidad a los contratos de concesión de normas (materiales) contenidas en otros instrumentos internacionales, en particular, de los relativos a la compraventa internacional de mercancías, centrándose la atención en el Convenio de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías.

Sin embargo, aunque el contrato de concesión de venta comporta una compraventa de mercaderías, implica igualmente otra serie de obligaciones de las partes que se separan abiertamente de la compraventa tradicional. Son precisamente estas obligaciones, distintas de las propias de una compraventa, y orientadas a un objetivo preciso, las que llevan a agrupar la concesión con otros acuerdos de distribución conduciendo a negarla aplicabilidad de las soluciones convencionales relativos a compraventa a la concesión de venta, postura de la que ya existen ejemplos en la jurisprudencia extranjera.

- **OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN LA RELACION JURIDICA.**

Se trata de un contrato bilateral que da lugar a una relación jurídica duradera y se basa en un elemento clave: la confianza de las partes, por lo que se considera que sus obligaciones están influidas por el *instituto personae*.

Existen diversas modalidades y en la determinación de las obligaciones de las partes reviste especial importancia las condiciones pactadas entre las mismas.

1.− Obligaciones del Concesionario:

A) Comprar una determinada cantidad o cupo de producto o mercancía al concedente para su

reventa durante un determinado período de tiempo, pudiendo pactarse el mantenimiento de

un stock mínimo.

- Debe vender los productos bajo las normas y con el nombre del fabricante.
- No puede realizar otras actividades fuera del territorio establecido en el contrato.
- Con relación a determinados productos en el contrato, puede establecerse que el concesionario tiene la

obligación de prestar determinados servicios postventa y en qué condiciones.
- El concesionario adquiere los productos del concedente a los precios que éste tiene fijados en su catálogo para posteriormente revenderlos a otros precios que deben ser libres (de la diferencia entre ambos precios deriva su beneficio).

Se considera contraria a la libertad de competencia la cláusula que impone al cesionario unos determinados precios de reventa. Sin embargos no cae dentro de esta prohibición el hecho de que el concedente comunique al cesionario los precios recomendados de reventa, siempre que le deje libertad para aplicarlos o no.

- Debe asumir la obligación de seguir las instrucciones del concedente en materia de promoción, publicidad y venta, si así se determina en el contrato de concesión
- No hacer competencia al concedente en el territorio estipulado en el contrato es decir, no fabricar ni distribuir bienes que hagan la competencia al producto objeto del contrato incluso durante un periodo superior al vencimiento del contrato.
- Con frecuencia pero no necesariamente, el concesionario asume la obligación de exclusiva a favor del concedente, debe abstenerse de comprar para su reventa productos a empresarios distintos al concedente. Sin embargo puede pactarse que no se viola esta obligación de exclusiva por parte del concesionario si se prevé la posibilidad de:
- Adquisición de productos de otros proveedores que les a oferten a precios o condiciones más ventajosas.
- También puede pactarse que el concesionario podrá adquirir productos de un tercero en el caso de que el concedente se encuentre en la imposibilidad de suministrarlos.

2.− Obligaciones del concedente:

-
- Se obliga a vender o suministrar los productos concesionario en los términos pactados. Si se establece una cláusula de exclusiva a su cargo, se obliga a no vender o suministrar los productos objeto del contrato a otros revendedores que estén establecidos en la zona o territorio del concesionario.

La cláusula de exclusiva tiene con frecuencia un alcance limitado, en un **doble sentido**:

− En primer lugar, el concedente puede realizar otros contratos de concesión con otros empresarios para que actúen en la zona en la que ya existe un concesionario (es decir, nombrar otro en otros concesionarios que han de actuar conjuntamente en la zona).

− En segundo lugar, puede abastecer a algunos clientes que no sean revendedores, en su caso con pago de una indemnización al concesionario exclusivamente.

- No venden activamente sus productos en el territorio concedido.
- No fijar precios de que el distribuidor determina libremente.
- Otras posibles podrían ser dependiendo del contrato:

    - Realizar campañas publicitarias de promoción del objeto de la concesión.
    - Prestar al concesionario gratuitamente algunos de los objeto del contrato para que los muestre a sus clientes.
    - Suministrando en las fechas y con la periodicidad que se acuerde unos cupos mínimos de los objetos de la concesión.

- El concedente, especialmente si es fabricante ofrece una garantía de sus productos. Se considera contrario a las normas que tutelan la libre competencia las cláusulas que establezcan que la garantía se aplicaría únicamente a los productos adquiridos dentro de la zona del concesionario autorizado, en cuanto que la garantía debe ser independiente de su lugar original de adquisición.

- **EL CONTRATO DE DISTRIBUCION EXCLUSIVA Y LAS NORMAS DE LA LIBRE COMPETENCIA.−**

Los contratos de distribución exclusiva pueden plantear problemas desde el punto de vista del Derecho de la Competencia porque el concedente no puede vender directamente ni designar otros distribuidores en ese territorio, asimismo el distribuidor queda obligado a no vender productos competidores. Ello puede llevar a una protección territorial absoluta en el mercado, lo que evidentemente estaría prohibido. Estos problemas se pueden dar tanto en el ámbito nacional como en el de la CEE, según sea el territorio afectado por dicho contrato.

En definitiva este tipo de actuaciones resultan incompatibles con el mercado común y conforme a los art. 85 del Tratado de la Unión quedan prohibidos los siguientes comportamientos :

- Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta y otras condiciones de transacción.
- Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.
- Repartirse los mercados o las fuentes de aprovisionamiento.
- Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.
- Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

Como ejemplos de esas actividades prohibidas por el art. 85, y que cualquier empresa afectada puede denunciar, cabe citar la fijación de precios o de cuotas de reparto del mercado entre competidores. Estas prohibiciones afectan tanto a los acuerdos *horizontales* como a los *verticales*. Los primeros se refieren a empresas situadas en el mismo plano de actividad comercial (empresas competidoras), mientras que los segundos atañen a las fases de comercialización y distribución de un mismo producto.

Lo determinante para que este tipo de acuerdo entre empresas sean considerados nulos es que tengan un efecto significativo sobre la competencia en los mercados y, muy especialmente, sobre el comercio entre Estados miembros. Por ello y dado que pueden existir acuerdos de importancia menor, se excluyen de la prohibición recogida en el art. 85 aquellos acuerdos entre empresas autorizados por la Comisión Europea, tras correspondiente notificación por parte de las empresas involucradas.

Normalmente se consideran acuerdos menores aquellos que afectan a una cuota de mercado inferior al 5 % o cuyo volumen de negocios efectuado no supera los 200 millones de ecus.

Tampoco van contra la política de la competencia los acuerdos expresamente incluídos en las *Declaraciones Negativas* publicadas por la Comisión, que pueden ser individuales (cuando se conceden en casos concretos, previa notificación), o globales (si se conceden para un conjunto de actividades).

Existen otras excepciones a la política de competencia recogidas en los Reglamentos de **exención por categorías**, en concreto cabe señalar los **Reglamentos 1983/83/CEE y 1984/83/CEE, de 22 de junio**, relativos respectivamente a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva y a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva. También es preciso señalar el Reglamento 1475/95, de 28 de junio, relativo a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles.

El origen de éstos se encuentra en las Declaraciones de los Tribunales nacionales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea asumiendo que los efectos negativos de un determinado acuerdo entre empresas son menores que el conjunto de efectos positivos que genera. Así se han autorizado **exención por categorías**, o excepciones como:

- Excepción a los acuerdos que mejoran la producción, la distribución o el progresa técnico. Es decir, que se traducen en una reducción de costes (o un incremento de producción beneficioso para la economía europea)
- Excepción si se reserva a los consumidores una parte equitativa de las ventajas que proporcione el acuerdo (reducciones de precios y/o mejoras en calidad).
- Excepción si el acuerdo se establece por un periodo concreto y un alcance sectorial limitado a lo estrictamente necesario para conseguir los aspectos antes señalados.

En concreto, hasta ahora se han concedido acuerdos de especialización, de distribución en exclusiva, de compra en exclusiva, de licencia de patentes, de I+D, de distribución en el sector del automóvil, de franquicias y de licencias de *know−how*.

Las empresas pueden acogerse a estas excepciones notificándolo a la Comisión Europea y presentando la documentación requerida. Si incumple la autorización de la Comisión, ésta puede llegar a imponer sanciones de hasta un millón de ecus o de hasta el 10 % del volumen anual de negocios de la empresa en cuestión.

En cuanto a las **normas de libre competencia en España** cabe destacar el Real Decreto 157/92, de 21 de febrero, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.1.a) de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Se otorga una exención por categorías a los siguientes supuestos:

- Acuerdos de distribución exclusiva en los que una parte se compromete con la otra a entregarle únicamente a ella determinados productos para su reventa en la totalidad o en una parte del mercado

− Nacional, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE nº 1983/83.

- Acuerdos de distribución y servicio de venta y de posventa de vehículos, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CCE nº 123/85.

- **EL REGIMEN DE EXTINCION DEL CONTRATO**.

El contrato de concesión es uno de esos contratos que la doctrina califica de intuitu personae ya que se contrata entre personas determinadas, existiendo una dosis de confianza entre ellas. Este principio de confianza debe presidir las relaciones de las partes durante la vigencia del contrato.

La Jurisprudencia y la Doctrina consideran que ese contrato puede válidamente resolverse precisamente cuando desaparezca esa confianza, aunque no haya incumplimiento material del contrato.

Siendo esto así hay que plantearse el eminente trastorno patrimonial que la finalización del contrato puede tener para el concesionario. Este estima que se produce un daño simplemente por la extinción del contrato dadas las inversiones que ha realizado para su ejecución, aparte de que estima que debe obtener un resarcimiento por la clientela aportada al concedente.

En los contratos de concesión suele pactarse que no existe otro derecho a la indemnización que el consistente en la recompra −al precio de adquisición, con un ligero descuento− de todos los productos que haya adquirido al concesionario. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha negado con carácter general el derecho a la indemnización al concesionario en el supuesto de extinción del contrato, al margen de lo que hayan pactado las partes, salvo en los supuestos de falta de preaviso o de abuso en la finalización de la relación jurídica. Sin embargo, en algunos casos −si bien bajo el presupuesto de considerar al concesionario como agente− se ha impuesto una indemnización por el beneficio de la clientela que adquirida por aquél permanece a favor del principal.

Una de las cláusulas de extinción es la de vencimiento del plazo (respecto a algunos productos, bebidas en general, se consideran contrarios a la competencia los acuerdos que superen el plazo de cinco o diez años; art.

8 Regl. 1984/1983).

Si el contrato de concesión es por tiempo indefinido, bien porque así se ha pactado o bien porque no se ha fijado plazo, las partes tiene la facultad de poner fin a la relación jurídica mediante una declaración unilateral de desistimiento, que ha de ejecutarse con buena fe, loa que implica un cierto plazo de preaviso antes de poner fin a esa relación. La falta de preaviso no impedirá el que se extinga el contrato, pero impondrá a la parte que ha incumplido el deber de indemnizar los daños y perjuicios (Sent. de 30 de junio de 1987, R. 4.832), que también se concede en supuestos de resolución abusiva del vínculo (Sents. 11 de febrero de 1984, R. 646; 22 marzo de 1988, R. 2.224; 11 marzo 1996, R. 2417, y 14 febrero 1997, R. 1.418).

- **LA EXTINCIÓN POR UN HECHO TASADO**

Nos referimos a aquellos supuestos de extinción que tienen lugar con la desaparición física o jurídica del concesionario.

Físicamente se produce cuando muere el concesionario, pues si este es persona física la concesión no la asume el heredero.

Jurídicamente se refiere a los supuestos a los que el empresario entra en quiebra o concurso o cuando se produce la liquidación de la sociedad.