

Ricardo ALONSO SOTO  
Catedrático de Derecho Mercantil de la U.A.M.

## **DISTRIBUCION COMERCIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA**

SUMARIO: 1. Caracterización de los contratos de distribución: 1.1. Agencia. 1.2. Contratos de distribución en sentido estricto. 1.3. Franquicia.- 2. Distribución y Derecho de la Competencia: 2.1. La prohibición de los "acuerdos verticales". 2.2. El sistema de autorizaciones. 2.3. El tratamiento otorgado a los contratos de distribución.- 3. La jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de distribución comercial: 3.1. Evolución. 3.2. Cuestiones más relevantes: Prohibición del comercio paralelo y fijación del precio de reventa. 3.3. Otras cuestiones.

## 1. Caracterización de los contratos de distribución

Los modernos sistemas de distribución comercial se vienen instrumentando en la actualidad, de manera general, a través de diferentes figuras contractuales entre las que destacan la agencia, la distribución en sentido estricto (en sus diversas modalidades, tales como la exclusiva de venta, la concesión, la distribución selectiva o autorizada, etc.) y la franquicia.

- 1.1. La AGENCIA es el contrato por el cual una de las partes (fabricante) encarga a otra (agente) la promoción de las ventas por su cuenta y orden en una zona determinada.

Se trata de un contrato que presenta las siguientes características: a) Independencia del agente. En efecto, se trata de un contrato de colaboración entre empresarios con plena capacidad de decisión. En este sentido no se consideran agentes los representantes de comercio o los viajantes ni, en general, las personas que se encuentran vinculadas con el empresario por cuya cuenta actúan por una relación laboral. b) Carácter duradero de la relación mercantil, lo que permite diferenciar a este contrato de la comisión. c) Actuación del agente por cuenta del empresario con el que está vinculado a través del contrato de agencia. Puede darse la figura del agente-representante, cuando el empresario atribuye al agente la facultad de concluir operaciones en su nombre, en cuyo caso se producirán los efectos jurídicos de la representación ordinaria. Y d) El agente actúa como intermediario, es decir, no asume, por lo general, el riesgo de las operaciones en las que interviene.

No hemos incluido en esta enumeración de las características del contrato la exclusividad, o lo que es lo mismo, actuar para un solo empresario, pues, aunque en la práctica suele darse con mucha frecuencia, no es esencial.

El contrato de agencia ha sido regulado por la Ley 12/1992, de 27 de mayo (BOE nº 129 de 29-05-1992).

- 1.2. Los CONTRATOS DE DISTRIBUCION en sentido estricto, son aquellos contratos en los que el productor o fabricante acuerda con el distribuidor el suministro de un bien para su reventa en una zona determinada.

Estos contratos presentan las siguientes características: a) Son contratos celebrados entre empresarios independientes. b) Son contratos de duración

continuada. Y c) En estos contratos el distribuidor actúa por cuenta propia y por tanto asume el riesgo empresarial de las operaciones en las que interviene. Esta característica es la que permite la diferenciación entre los contratos de agencia y de distribución y explica también su diferente tratamiento por el Derecho de la Competencia, como más adelante veremos.

Por otra parte, estas modalidades contractuales carecen de regulación legal pero, como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. la sentencia de 31 de diciembre de 1970), han alcanzado una tipificación social que justifica un tratamiento diferenciado.

Los denominados contratos de distribución en sentido estricto tienen una estructura común aunque presentan múltiples manifestaciones, entre las que destacaremos:

- La distribución extensiva o sistema por el que no se limita el número de revendedores ni se les asigna un territorio de actuación. Todo comerciante que lo desee puede obtener la distribución del producto del fabricante.
- La distribución exclusiva o sistema en el que las partes asumen recíprocamente los compromisos de no nombrar a otro distribuidor en un territorio determinado para la reventa de los productos y de respetar las zonas atribuidas a los distribuidores.

Dentro de esta modalidad de distribución destaca la figura del contrato de CONCESION COMERCIAL que puede definirse como aquél por el que un comerciante (concesionario) pone su empresa de distribución al servicio de un empresario (concedente) para asegurar exclusivamente, en un territorio determinado, y bajo control del concedente, la comercialización en nombre y por cuenta propios de los productos cuya reventa se le otorga en condiciones determinadas (CHAMPAUD). Esta figura, que no difiere de la anterior desde un punto de vista externo, presenta, sin embargo, importantes diferencias en cuanto a la naturaleza de la relación interna que liga al concedente y al concesionario pues, generalmente, se pacta la unidad de decisión para lograr una mayor integración de la red comercial, por lo que puede ser también considerada como técnica de concentración de empresas.

- La compra exclusiva o modalidad por la cual el revendedor (distribuidor) se compromete con el proveedor o fabricante a comprarle únicamente a él o a empresas vinculadas a él los productos especificados en el contrato.

- La distribución selectiva o sistema de venta en exclusiva a través de distribuidores seleccionados en función de criterios no territoriales. Esta modalidad de distribución no es de aplicación generalizada dado que solo tiene sentido cuando se trata de reventa de artículos de lujo, o amparados por una marca de calidad y de productos que precisan de una asistencia técnica posterior a la venta.

1.3. La FRANQUICIA es un contrato por el que un empresario titular de la franquicia permite a otro (franquiciado) comercializar un producto o servicio de una manera homogénea bajo su marca y símbolos y contando además con sus conocimientos técnicos, a cambio del pago de una cuota de entrada en la red y un canon periódico que se establece habitualmente en función de las ventas.

Se trata de un contrato que presenta unas características similares a los contratos de distribución en sentido estricto (duración continuada, independencia y actuación por cuenta propia del franquiciado), pero se diferencia de aquéllos en que constituyen elementos esenciales del mismo la cesión de los símbolos (logo) a través de los cuales se presenta externamente la empresa y de un "know-how" ampliamente experimentado para operar el negocio.

Este contrato carece también de una regulación legal pese a que se trata de una figura en franca expansión en los últimos tiempos.

Como conclusión de este primer apartado hay que resaltar dos notas que interesan especialmente a los efectos del análisis de estos contratos desde la óptica del Derecho de la Competencia: En primer lugar, que estamos en presencia de unos contratos de colaboración celebrados entre empresarios independientes, generalmente un fabricante y varios comerciantes para el establecimiento de una red de venta o distribución de los productos de aquél. Y, en segundo lugar, que dichos contratos se utilizan la mayoría de las veces como una técnica de integración empresarial en la medida en que, a través de ellos, se cede una parte de la capacidad de decisión de los empresarios a cambio de una actuación coordinada de todos ellos, lo que permite aumentar la eficiencia del sistema.

## 2. Distribución y Derecho de la Competencia

La competencia, como principio rector de la economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad consagrado en el art. 38 de la Constitución y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la

libertad de empresa (Exposición de Motivos de la Ley de Defensa de la Competencia).

Pero un sistema de libre competencia llevado hasta sus últimas consecuencias puede producir efectos totalmente contrarios a los perseguidos. Si se deja en completa libertad a los operadores económicos, puede suceder que los empresarios prefieran pactar a competir (eliminando de este modo los riesgos de la lucha por la conquista del mercado) o bien traten de lograr una posición de dominio en el mercado para usar su poder en contra del mismo.

El Derecho de la Competencia se configura como el instrumento a través del cual se promueve el funcionamiento del mercado y se corrigen las desviaciones en relación con un modelo ideal de funcionamiento del mismo.

En España contamos con una legislación en materia de defensa de la competencia desde el año 1963, aunque la vigente Ley es de 17 de julio de 1989. En dicha Ley se prohíben tres tipos de comportamientos: a) los acuerdos entre empresarios que restrinjan la competencia (art. 1); b) el abuso de la posición de dominio en el mercado (art. 6); y c) el falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 7). Se establecen fuertes multas para las empresas infractoras, que pueden alcanzar hasta el 10% de su cifra de negocios. Y se encomienda su aplicación al Tribunal de Defensa de la Competencia, que es un órgano administrativo independiente, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda.

Sentadas estas bases, vamos a analizar cómo opera el Derecho de la Competencia en el sector de la distribución comercial. Ahora bien, dada la extensión recomendada para este trabajo, limitaremos nuestro análisis tan solo a los acuerdos o contratos de distribución en el Derecho español. Dejamos, pues, al margen, de un lado, el estudio del Derecho Comunitario Europeo, que es también directamente aplicable en nuestro país cuando resulta afectado el comercio intracomunitario y, de otro, el examen de otras figuras anticompetitivas también presentes en el sector, como el abuso de posición dominante o la explotación de la situación de dependencia económica en que se halla una empresa frente a otra, así como el control de los procesos de concentración económica que pueden darse a través de la integración vertical de las empresas.

## 2.1. La prohibición de los "ACUERDOS VERTICALES"

Se denominan acuerdos verticales a aquéllos que se celebran entre operadores económicos que no se encuentran situados en el mismo escalón del proceso productivo, es decir, entre operadores que generalmente no compiten directamente entre sí. Desde esta óptica, evidentemente los contratos de distribución encajan en la categoría de los acuerdos verticales.

A la vista de las normas de la Ley de Defensa de la Competencia cabe preguntarse si este tipo de acuerdos están prohibidos. Y la respuesta es, en principio, sencilla: dado que el art. 1 de la Ley, al establecer la prohibición, no distingue entre acuerdos horizontales y verticales y engloba, por otra parte, tanto a aquellos acuerdos que tengan como finalidad el falseamiento de la competencia como a aquellos que, persiguiendo otros objetivos, produzcan el efecto de restringirla, habrá que concluir que los acuerdos verticales de esta naturaleza quedarán también prohibidos.

Dicho en otros términos, el establecimiento mediante pacto o contrato de un sistema de distribución que limita el número de revendedores (distribución selectiva o franquicia) que compartimenta el mercado en zonas (exclusiva territorial) o no permite la existencia de otros operadores que vendan el producto en una zona determinada (distribución exclusiva, concesión), supone una restricción de competencia y resultará, por tanto, prohibido y, en su caso, sancionado. (Véanse las Resoluciones del TDC de 16 de abril de 1988, caso AMSTRAD y de 24 de noviembre de 1988, caso SCHWEPPE).

Tan solo quedarán al margen de la prohibición los contratos de agencia pues, al ser el agente un mero intermediario que actúa siempre por cuenta ajena sin asumir el riesgo de las operaciones en que interviene, se considera, desde una perspectiva económica, que no puede hablarse de acuerdo entre partes (fabricante y agente comercial) o de concurso de voluntades (Resoluciones de 30 de marzo de 1974, caso ROCHAS; 25 de junio de 1990, caso FINA IBERICA, y 14 de marzo de 1990, caso S.A.E. Lubricantes).

## 2.2. El sistema de autorizaciones

La prohibición de los pactos o acuerdos restrictivos de la competencia contenida en el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia es una prohibición absoluta frente a la que caben pocas interpretaciones que permitan limitar el alcance de la misma. Por esta razón, es decir, para mitigar en alguna medida la rigidez de la prohibición, la propia Ley establece como contrapeso un amplio sistema de autorizaciones, que operará cuando las ventajas económicas que se derivan de los acuerdos pactados entre los empresarios sean superiores a los efectos restrictivos de la competencia que los mismos comportan.

En efecto, la Ley de Defensa de la Competencia prevé un doble sistema de autorización para aquellos acuerdos restrictivos de la competencia (y, por tanto, prohibidos) que, sin embargo, contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o

económico, siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas. b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados (art. 3.1):

- La autorización singular que se concede caso por caso por el Tribunal de Defensa de la Competencia a solicitud de los interesados.
- La exención por categorías de acuerdos que se concede con carácter general mediante reglamento aprobado por el Gobierno para todos aquellos pactos o contratos que puedan ser encuadrados en las categorías definidas por los distintos reglamentos.

La técnica utilizada en este peculiar sistema de autorización es, en líneas generales, la siguiente: En primer lugar, se define la figura contractual a la cual será de aplicación el reglamento, por ejemplo, la franquicia. En segundo lugar, el reglamento enumera una serie de cláusulas restrictivas de la competencia que se consideran admisibles (cláusulas blancas) y otras que no lo son en ningún caso (cláusulas negras). Por último, se establecen los casos y causas por los que a un determinado acuerdo le puede ser retirada la exención por categorías.

Su aplicación práctica se produce del siguiente modo: si dos empresarios celebran un contrato regulado por un reglamento de exención por categorías que solo contiene cláusulas de las denominadas blancas, dicho contrato queda autorizado por Ley, sin necesidad de tener que notificarlo al Tribunal de Defensa de la Competencia o a autoridad administrativa alguna.

Las exenciones por categorías han sido reguladas en nuestro Derecho por el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero (BOE de 29-02-1992) que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico los Reglamentos vigentes en el ámbito comunitario.

### 2.3. El tratamiento otorgado a los contratos de distribución.

Como hemos señalado con anterioridad, los acuerdos de distribución son por lo general restrictivos de la competencia porque, aunque se dan entre operadores que no compiten entre sí, producen el efecto de restringir la competencia al limitar el número de operadores, compartimentar los mercados desde un punto de vista territorial y coartar, en alguna medida, la libertad de actuación de los distribuidores.

En este sentido resultan prohibidos y solo podrán ser puestos en práctica a través de los sistemas de autorización, si reúnen los requisitos señalados para su obtención. Procede pues analizar a continuación si dichos acuerdos cumplen con las mencionadas condiciones.

En principio, los acuerdos de distribución facilitan la venta y promoción de los productos y permiten actuar intensivamente sobre el mercado y asegurar la continuidad del abastecimiento, racionalizando el proceso de distribución. Además sirven para estimular la competencia entre los productos de diferentes fabricantes, y constituyen un medio idóneo y eficaz para lograr la implantación en un mercado. Por otra parte, producen generalmente una mejora de la distribución, pues los empresarios pueden concentrarse en las actividades que le son propias. Asimismo permiten al fabricante simplificar sus relaciones con los distribuidores. Por último, tales acuerdos permiten a los consumidores obtener una parte adecuada de los beneficios resultantes de los mismos, por cuanto que son los destinatarios directos de las mejoras de la distribución y se mejora también su situación económica porque pueden abastecerse fácilmente, de una manera rápida y, en la mayoría de los casos a mejor precio, de una más amplia gama de productos (Resolución TDC de 24 de noviembre de 1988). Resultan pues autorizables.

Por su parte, el citado Real Decreto 157/1992, que regula las exenciones por categorías, declara autorizados los siguientes tipos de acuerdos:

- a) Acuerdos de distribución exclusiva, en los que una parte se comprometa con la otra a entregarle únicamente a ella determinados productos para su reventa en la totalidad o en una parte determinada del mercado nacional, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE número 1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983.
- b) Acuerdos de compra exclusiva, en los que una parte se comprometa con la otra a comprar para su reventa determinados productos únicamente a ella, a Empresas vinculadas a ella o a terceras Empresas distribuidoras suyas, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE número 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983.
- c) Acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE número 123/85 de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984.
- d) Acuerdos de franquicia, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones

establecidas en el Reglamento CEE número 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988.

Esto significa que, cuando se trate de acuerdos de distribución exclusiva, compra exclusiva, distribución selectiva de automóviles o franquicia, no será preciso solicitar autorización si dichos contratos se ajustan a los respectivos Reglamentos.

En dichos Reglamentos se consideran, por lo general, admisibles (blancas) las siguientes cláusulas restrictivas de la competencia: (1) El establecimiento de exclusivas territoriales. (2) La prohibición de distribuir productos de los competidores. (3) La prohibición de realizar ventas fuera de la zona de exclusiva. (4) La obligación del distribuidor de comprar gamas o surtidos completos de los productos. Y (5) el control de la publicidad por el fabricante.

Por el contrario se consideran no admisibles (negras) las siguientes cláusulas: (1) El establecimiento por el fabricante del precio de reventa o de venta al público del producto. (2) La prohibición o la limitación de los descuentos que pueden hacer los distribuidores. (3) La prohibición o limitación de las ventas pasivas o del comercio paralelo. Y (4) la obligación de suministrarse exclusivamente en el fabricante.

### 3. La jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de distribución comercial

3.1. Durante la vigencia de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 apenas hubo casos de solicitud de exceptuación para acuerdos de distribución. Quizá el caso más relevante fuera el ya citado de SCHWEPPE (Resolución de 24-11-1988) en el que el Tribunal declaró no autorizables las cláusulas que establecían la fijación del precio de reventa por el fabricante y la protección territorial absoluta que se otorgaba al distribuidor, al prohibirse las ventas pasivas o ventas del producto a comerciantes domiciliados fuera de la zona de exclusiva. No ha sucedido lo mismo tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Defensa de la Competencia de 1989, puesto que en los últimos años las dos terceras partes de las solicitudes de autorización singular se referían a contratos de distribución. La aparición del Real Decreto 157/1992 que establece exenciones por categorías para estos tipos de acuerdos ha motivado, como es lógico, la práctica desaparición de solicitudes de autorización singular en el sector de la distribución.

3.2. Entre los temas sobre los que ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal

destacaremos, como más relevantes los siguientes:

- Cláusulas de protección territorial absoluta. Son aquellas cláusulas que persiguen una total compartimentación del mercado por zonas territoriales al prohibir las llamadas ventas pasivas o el comercio y las importaciones paralelas. En efecto, si bien se viene admitiendo como lícita la cláusula por la cual el fabricante prohíbe al distribuidor que realice promociones y ventas de sus productos fuera del territorio concedido en exclusiva, sin embargo, el Tribunal considera ilícita la cláusula por la cual se prohíbe que el distribuidor venda dentro de su territorio a personas no residentes en él (ventas pasivas) o venda en su territorio a otro empresario que revenderá dichos productos en otra zona al margen de la red oficial de distribución (comercio paralelo). Las razones en que se fundamenta esta consideración se encuentran en la necesidad de establecer un contrapeso al poder de monopolio que se otorga al distribuidor en exclusiva, de modo que, mediante la posibilidad de la existencia de fuentes de aprovisionamiento alternativo en dicha zona, se evitarán los inconvenientes de la falta de competencia (Resoluciones de 19-04-1990, caso LAND ROVER; 28-05-1990, caso NOKIA DATA; 31-01-1991, caso WILKHAM). Así, por ejemplo, si el distribuidor en exclusiva eleva los precios por encima de los de mercado, su zona se verá invadida por un comercio paralelo realizado por otros operadores.

Esta doctrina, generalizada también en el Derecho Comunitario de la Competencia, viene a debilitar la concepción tradicional de las exclusivas territoriales ya que admite la licitud del comercio paralelo, que en lo sucesivo no podrá ser considerado como una práctica de competencia desleal, y obliga al distribuidor a soportarlo.

- Cláusulas de fijación del precio de reventa por el fabricante. Tampoco se admite la fijación del precio de reventa o de venta al público de un producto por el fabricante. La libertad de precios es esencial para la competencia y no se puede coartar ni limitar la libertad de decisión del distribuidor en esta materia (Resoluciones de 15-03-1974, caso CERVEZAS; 30-03-1974, caso perfumes ROCHAS; 21-02-1980, caso ELECTRODOMESTICOS; 28-05-1990, caso TERUMO; 06-06-1990, caso IBERCARRETILLAS; 31-01-1991, caso WILKHAM).

Solo cuando se trate de venta directa por el fabricante o de venta a través de agentes comerciales (contratos de comisión o agencia) podrá el fabricante establecer los precios finales de venta (Resolución de 30-03-

1974, caso ROCHAS).

A lo sumo resulta admisible el establecimiento de un precio orientativo o de una tarifa, cuya única finalidad ha de ser la de permitir el cálculo de los márgenes comerciales o precios de compra por parte de mayoristas o minoristas. Excepcionalmente se ha admitido la determinación por el fabricante de unos umbrales de precios de venta al público, cuando se busca mantener la categoría de lujo del producto, lo que generalmente implica un precio elevado, fijo y estable (Resolución de 27-05-1977, caso BURBERRYS).

Asimismo se considera anticompetitiva la cláusula que prohíbe la realización de descuentos por los distribuidores (Resolución de 16-04-1988, caso AMSTRAD).

3.3. En materia de contratos de distribución comercial el Tribunal ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre otras materias:

- La no existencia de afectación de la competencia en los **contratos de agencia** por no haber, desde un punto de vista económico, dualidad de partes que conciertan sus voluntades (Resoluciones de 14-03-1990 y 25-06-1990).
- La ilicitud de las cláusulas de los contratos de **franquicia** que establecen la fijación de los P.V.P., la obligación de aprovisionarse exclusivamente en el fabricante y la prohibición de hacerlo en otros franquiciados (Resolución de 18-04-1990, caso CANDY), o la obligación de utilizar únicamente accesorios, piezas de recambio y consumibles de la marca del fabricante (Resolución de 21-03-1991, caso TOSHIBA).
- La consideración de que el sistema de **distribución selectiva** solo resulta apropiado para productos de marca de calidad o aquellos que requieren una compleja asistencia técnica postventa (Resoluciones de 09-07-1990, caso OMEGA; 30-03-1974, caso ROCHAS).
- La licitud de la cláusula que prohíbe la venta de los productos a revendedores no autorizados en los contratos de **distribución selectiva**, dado que de lo contrario privarían de contenido a este sistema (Resoluciones de 30-03-1974, caso ROCHAS; 09-07-1990, caso OMEGA).
- La necesidad de que los criterios en virtud de los cuales se selecciona a los

distribuidores sean objetivos (Resoluciones de 14-01-1985, caso HERBOLARIOS; y 09-07-1990, caso OMEGA).

- La ilegalidad de la cláusula que obliga a adquirir y utilizar en las reparaciones única y exclusivamente las piezas de recambio fabricadas o suministradas por el concedente (Resoluciones de 06-06-1990, caso IBERCARRETILLAS y 19-04-1990, caso LAND ROVER).
- Finalmente, el Tribunal ha considerado que la restricción de la competencia "intra marca" puede ser admitida por vía de autorización singular, cuando se trate de mantener el prestigio de la marca o aumentar la competencia entre marcas, evitando por ejemplo una guerra de precios entre los distribuidores, en el momento de lanzamiento de nuevos productos, o en algún caso para proteger a los pequeños distribuidores (Resolución de 16-04-1988, caso AMSTRAD).