

UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

"Contratos de colaboración en el  
comercio internacional"  
Enrique Guardiola Sacarrera

04030

**LECTURA PARA LA CÁTEDRA DE  
"CONTRATACIÓN INTERNACIONAL"**

*Prof. Héctor Navarrete T.*  
*Ayudante Nicolás Muñoz*

**USO EXCLUSIVO  
DEL DEPARTAMENTO**

**Segundo semestre, Agosto 2004**

Enrique Guardiola Sacarrera

## Contratos de colaboración en el comercio internacional

El propósito de esta obra es exponer los aspectos más importantes de los distintos contratos de colaboración que suelen establecerse, tanto para la comercialización y distribución de mercancías como para afrontar proyectos inaccesibles a una sola empresa. Así, además de los contratos de intermediación, con especial atención al de agencia comercial y de distribución, se analizan las distintas formas asociativas capaces de dar formato legal a un proyecto de actuación en común en el exterior: los acuerdos de "joint-venture" o de participación en compañías mixtas y los contratos de transferencia de tecnología, con especial atención al de franquicia.

A pesar del tono y contenido jurídico de la obra, se ha pretendido dotarla de un carácter práctico que facilite la comprensión a quienes no están habituados a los textos legales, incluyendo recomendaciones para seguir en la contratación y modelos de los contratos más importantes.

ISBN: 44-7676-499-5



MARCIAL PONS  
C/Segura 1057  
LIBRERO

Enrique Guardiola Sacarrera

## Contratos de colaboración en el comercio internacional

Intermediación

Agencia

Distribución

Transferencia de Tecnología

Franquicia

Joint-Venture

Agrupaciones



Enrique Guardiola Sacarrera

Abogado del Ilre. Colegio de Barcelona. Master en Comercio Exterior.  
Profesor de Contratación Internacional en la Escuela Superior de Administración y Dirección de  
Empresas (ESADE) y Centro de Estudios de Economía Internacional de Barcelona.

# CONTRATOS DE COLABORACIÓN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

*Intermediación. Agencia. Distribución. Transferencia de  
Tecnología. Franquicia. Joint-Venture. Agrupaciones*

H. Guardiola T.



BOSCH, Casa Editorial, S. A. - Comte d'Urgell, 51 bis - 08011 Barcelona

## SUMARIO

Es propiedad,  
 © 1998, E. Guardiola Sacarrera  
 Para la presente edición  
 © 1998, Bosch, Casa Editorial, S. A.  
 Comte d'Urgell, 51 bis  
 08011 Barcelona  
 Primera edición: septiembre 1998  
 ISBN: 84-7676-499-5  
 Depósito legal: B. 35.456-1998

<i>Introducción</i> .....	7
CAPÍTULO 1. Contratos de intermediación .....	9
CAPÍTULO 2. Contrato de agencia comercial .....	27
CAPÍTULO 3. Contrato de distribución o concesión .....	105
CAPÍTULO 4. Contratos de transferencia de tecnología .....	167
CAPÍTULO 5. Contrato de franquicia .....	235
CAPÍTULO 6. Contratos de «joint-venture» .....	295
CAPÍTULO 7. Contratos de agrupación .....	417
<i>Bibliografía</i> .....	511
<i>Índice</i> .....	515



## INTRODUCCIÓN

La complejidad del comercio y de los negocios internacionales exigen, cada vez más, que en su desarrollo se planteen las empresas la necesidad de contar con la intervención de auténticos expertos en dichas materias así como de establecer lazos de colaboración con otras, supliendo así las limitaciones individuales que todo proyecto importante puede comportar.

El antiguo aforismo «*La unión hace la fuerza*» es una constante en el complejo mundo de las transacciones internacionales, en el que, dejando aparte el caso de algunas empresas multinacionales capaces de mantener una estructura autosuficiente, pequeñas y medianas empresas con visión y vocación internacionales precisan inexcusablemente de la colaboración de otras firmas para poder acometer la ardua tarea de estar presentes en los mercados exteriores.

Surge ahí la necesidad, por un lado, de contar con intermediarios capaces de introducirse en dichos mercados, bien en calidad de meros agentes a comisión, bien como distribuidores con autonomía y estructura suficientes para asumir el riesgo de la comercialización de un producto en el exterior; y, por otro, del fenómeno asociativo, para acometer en común un determinado proyecto internacional, o una actividad difícil de desarrollar individualmente.

El propósito de esta obra es exponer los aspectos más importantes de los distintos contratos de colaboración que suelen establecerse, tanto para la comercialización y distribución de mercancías en mercados exteriores como para afrontar, con mayor o menor grado de integración, proyectos o actividades que, por falta de medios, de experiencia o de conocimientos, resulten inaccesibles a una sola empresa.

Así, tras examinar los contratos de intermediación, con especial atención al de agencia comercial y de distribución, que podríamos considerar como los primeros recursos a los que suele acudir una empresa que se inicia en negocios internacionales, se analizarán, al final de la obra, las distintas formas asociativas capaces de dar formato legal a un proyecto de actuación en común, abordando asimismo lo que podríamos denominar último eslabón en la proyección internacional de una empresa: los acuerdos de «joint-venture» o de participación en compañías mixtas en el exterior.

También serán objeto de atención los contratos de transferencia de tecnología, con sus aspectos fiscales y aduaneros, en tanto que representan instrumentos imprescindibles para subsanar las propias limitaciones técnicas de empresas que pretenden estar a la vanguardia de la constante innovación tecnológica a que nos viene sometiendo el imparable progreso científico y técnico de nuestros días, y, entre dichos contratos, se dedicará atención especial al de franquicia por el indudable auge que está teniendo últimamente a nivel mundial.

Si bien la compra venta internacional de mercancías, en tanto que contrato que rige las exportaciones e importaciones, es la transacción internacional más común, muchas veces su ejecución y eficacia precisa de la concurrencia de algunos de los contratos que van a ser analizados a lo largo de esta obra, que, en tal sentido, puede considerarse un complemento útil de lo expuesto en mi anterior publicación de esta misma Editorial, *«La Compra Venta Internacional, Importaciones y Exportaciones»*.

De ahí que, al igual que en dicha obra y pese a su inevitable contenido jurídico, se haya pretendido dotar al texto de un carácter práctico que facilite su comprensión a quienes no están habituados a manejar normas legales, incluyendo recomendaciones y pautas a seguir en la contratación, modelos de los contratos más importantes, con notas aclaratorias y bibliográficas para quienes deseen profundizar sobre los aspectos tratados, entre los que se han incluido referencias al Derecho europeo de la Competencia y al régimen tributario y aduanero de aquellos contratos que presentan mayor interés en estas materias.

El Autor

## CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN

### 1. Formas de penetración en mercados exteriores

#### 1.1. La acción directa

La decisión de estar presente en mercados exteriores comporta para toda empresa con vocación internacional el planteamiento y elección de la forma que más se adapte a su estructura orgánica y económica.

Una primera alternativa consiste en asumir directamente la empresa todas las acciones de selección de mercados y de promoción de operaciones internacionales, encargando a su propio equipo humano la realización de dichas tareas, lo que lógicamente presupondrá tener la estructura adecuada y medios económicos suficientes para sufragarlas.

Esta alternativa o sistema de acción directa se caracteriza por la inexistencia de intermediarios entre la empresa y los destinatarios finales de sus productos o servicios. Tras la realización del pertinente estudio de mercado, aquella asumirá la labor de contactar directamente con su potencial clientela exterior con quien, en su caso, concertará los correspondientes contratos.

Este primer tipo de canalización de operaciones sin intermediarios ni colaboradores externos comporta la creación de una red comercial propia, bien en el mismo país, con empleados asalariados capaces de desplazarse a cualquier lugar en que surja una posible operación, bien en el exterior, estableciendo una estructura adecuada que permita acometer *in situ* la labor de promoción o venta pretendida por la empresa.

En el primer caso la relación contractual entre esta última y los elementos de la red comercial propia será de carácter laboral, estructurándose a base de un equipo de vendedores en nómina, bajo la dependencia de un jefe o director de exportación. En el segundo caso comportará la creación de un ente distinto en el exterior, con o sin participación de capital local, con la consiguiente inversión económica en medios y equipo humano.

Indudablemente esta última no es la alternativa seguida por empresas que inician su singladura internacional ni por firmas de pequeña o mediana estructura, aunque puede representar a la larga el último paso en su proceso de internacionalización si llegan a crear una sucursal o filial propia en el exterior, o una compañía mixta con participación de capital local («joint venture»).

## 1.2. La acción a través de intermediarios

Una segunda alternativa, sin duda la más utilizada, comporta recurrir a colaboradores ajenos a la empresa y con una estructura comercial autónoma e independiente, dejando en sus manos la acción de promoción a emprender, sin los costes que comporta la constitución de filiales o sucursales en el exterior y sin el riesgo de quedar a merced de las crisis políticas y económicas de los Estados de implantación de aquéllas.

Surgen aquí los primeros contratos de colaboración, por vía de intermediación, entre los que destacan, por su importancia, los de agencia comercial y de distribución, que, por sus notas diferenciales y notable difusión en la vida comercial moderna, serán objeto de tratamiento específico y separado en los dos Capítulos siguientes.

Pero existe también una variada gama de intermediarios o colaboradores que, por decirlo de alguna manera, se encuentran a mitad de camino entre las dos alternativas indicadas, es decir, entre la red comercial propia y los intermediarios independientes con estructura empresarial autónoma, a los que suele denominarse, en la práctica comercial, con un sinnúmero de apelativos frecuentemente confundidos entre sí debido a la falta de tipicidad de que en las legislaciones internas adolecen estas figuras. Se trata de los llamados vulgarmente «representantes», «mediadores», «corredores», «comisionistas» o «mandatarios».

Sin que sea propósito de esta obra profundizar en las diferencias que puedan existir entre estas figuras, principalmente por su obsolescencia en la práctica comercial internacional de nuestros días, si

conviene precisar una serie de ideas básicas que permitan abordar con claridad las figuras de la intermediación comercial a nivel internacional a las que presta su atención en estos momentos la legislación supranacional: los agentes comerciales y los distribuidores o concesionarios.

Como advierte E. Ortega Prieto<sup>1</sup> toda esta amplia gama de colaboradores autónomos de naturaleza externa tiene como característica común el basarse en un «mandato», contrato que en nuestro derecho viene definido en el artículo 1.709 del Código Civil como aquel por el que «se obliga a una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra». Este «mandato» como forma de colaboración externa se encuadraba jurídicamente en el contrato de «comisión mercantil», regulado en los artículos 244 y siguientes del Código de Comercio español.<sup>2</sup>

Ello no obstante, esta figura fue absolutamente insuficiente ya en el inicio del moderno tráfico mercantil para cubrir y atender las necesidades de las empresas, al no haberse concebido, ni histórica ni jurídicamente, para el dinamismo comercial implícito en el desarrollo de este tráfico. Por ello la «comisión mercantil» evolucionó para adaptarse a la realidad práctica, derivando, por inercia natural aunque con entidad propia, hacia el hoy internacionalmente denominado contrato de «agencia comercial», que será específicamente analizado en el Capítulo siguiente, quedando el contrato de comisión mercantil prácticamente en desuso, sobretudo a nivel internacional, como mecanismo regulador de la intermediación comercial.

1. Eduardo Ortega Prieto, «Representantes de Comercio y Agentes Comerciales», Edit. Deusto, Bilbao, 1987.

2. Según el artículo 244 del Código de Comercio español, se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista. Este último, según el artículo 245, podrá desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente. Cuando contrate en nombre propio, no tendrá que declarar quién es el comitente, quedando obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contrate, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí (artículo 246).

Si el comisionista contratase en nombre del comitente, deberá manifestarlo, y si el contrato fuere por escrito, expresarlo en el mismo o en la ante firma, declarando el nombre, apellido y domicilio de dicho comitente. En este caso, el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y las personas que contrataren con el comisionista; pero quedará éste obligado con las personas con quienes contrató, mientras no pruebe la comisión, si el comitente la negare, sin perjuicio de las acciones y obligaciones respectivas entre el comitente y el comisionista (artículo 247).

Como ejemplo de contrato de «comisión mercantil», que no de «agencia comercial», cabría señalar el estipulado por una empresa que exporta en consignación o en depósito a otra, con la condición de que esta última perciba una comisión a medida que vaya vendiendo los artículos depositados, sin obligación de pagar precio alguno al exportador por los que no venda y pudiendo este último disponer de dichos artículos en cualquier momento. También podemos encontrar ingredientes de este contrato en los denominados acuerdos de «piggy-back», a los que se hará mención en el Capítulo 7, apartado 6, mediante los cuales una empresa que aborda mercados nuevos, pacta con otras ya introducidas en los mismos, la utilización de sus redes de comercialización a cambio de una remuneración, normalmente en forma de comisión porcentual sobre ventas. En ambos casos el «comisionista» puede actuar, según lo pactado, en nombre propio o en el de su comitente, efectuando las ventas de una u otra forma.

El frecuente fenómeno de designar unas veces con nombres diversos realidades idénticas, y otras veces, con una misma designación realidades diferentes, es patente en la mayoría de contratos que se analizarán a lo largo de esta obra, pero adquiere especial relieve en los de intermediación a que venimos refiriéndonos.

Así, a la tradicional confusión entre «agente comercial» y «comisionista», básicamente por ser la remuneración de ambos, por regla general, mediante comisiones, se añade la identificación del primero con el término «representante», cuando lo cierto es que la impropiedad de este término, a pesar de ser el más utilizado para identificar la figura del intermediario que gestiona operaciones por cuenta de otro, radica en que normalmente no posee representación legal de este último, ni la denominada representación «directa», cuando se contrata en firme en nombre de otro, ni la «indirecta», cuando se contrata en nombre propio pero por cuenta de otro.

Por ello, sólo cabrá entender como verdadero «representante», en el sentido legal del término, a quien, sea cual fuere su línea de actuación, el volumen de operaciones para el que se le haya requerido, o el grado de vinculación con la persona por cuya cuenta actúa, tenga otorgados poderes de esta última para contratar en su nombre y representación y pueda, por tanto, concluir operaciones mercantiles por cuenta de su poderdante.

Sentadas estas premisas conceptuales, y dejando al margen cualquier otra actividad de intermediación ajena al mundo del comercio internacional, la única clasificación que desde esta óptica interesa recoger aquí es la que nos permita distinguir aquellos contratos de

intermediación que comportan una relación laboral con la empresa por cuya cuenta actúe el intermediario, de los que supongan una total independencia de aquélla. Dentro del primer grupo se encuadrarán los contratos que vinculan a la empresa con los denominados en nuestro derecho «representantes de comercio»; y, en el segundo grupo, los contratos de «agencia comercial», de «distribución o concesión» y de «mediación o corretaje».

## 2. Intermediarios con dependencia laboral

### 2.1. El representante de comercio

Como figura distinta del «agente comercial», que con mayor detalle será analizada en el Capítulo siguiente por ser sin duda la más utilizada en la promoción de negocios internacionales, el derecho español contempla una forma de intermediación situada en una línea intermedia entre la red comercial propia y los intermediarios independientes. Se trata del «representante de comercio», denominación que, según lo dicho en el apartado anterior, no presupone necesariamente la existencia de poderes de representación de la empresa para la que actúa.

Esta figura, de casi exclusiva utilización en la promoción de ventas domésticas, lo que no excluye pueda utilizarse en la de operaciones internacionales, viene regulada en nuestro derecho en el Real Decreto 1438/1985 de 1 de agosto, que la configura como «relación laboral de carácter especial», limitando así su ámbito subjetivo a personas físicas y excluyendo a personas jurídicas, definiéndola como aquella relación «en virtud de la cual una persona natural, actuando bajo la denominación de representante, mediador o cualquier otra con la que se le identifique en el ámbito laboral, se obliga con uno o más empresarios, a cambio de una retribución, a promover o concertar personalmente operaciones mercantiles por cuenta de los mismos, sin asumir el riesgo y ventura de tales operaciones».

Debido a la dependencia del empresario por cuya cuenta actúa el representante, que determina el encuadre de la relación entre ambos

3. El equivalente en el Derecho comparado puede encontrarse en la legislación francesa, que contempla la figura del V.R.P. (*Voyageur, Representant, Placier*), y en la Ley belga de 3 de julio de 1978 que recoge el Estatuto de los *Representants de Commerce*.

en el ámbito laboral y no en el mercantil, se trata de una «relación laboral de carácter especial» por cuanto, a diferencia de los trabajadores asalariados del régimen general, el representante de comercio goza de una cierta autonomía de la que carecen aquéllos.

Así, realizan su actividad fuera de los locales de la empresa, no están sujetos al horario laboral de la misma, perciben sus emolumentos mediante comisiones sobre operaciones en que han intervenido, aunque pueden combinarse las comisiones con una parte fija, más incentivos y compensaciones que se hayan pactado en el contrato, o solamente una cantidad fija.

A diferencia de lo que ocurre con los agentes comerciales, y como se verá al tratar del devengo de comisiones en favor de éstos en el apartado 4.3 del Capítulo siguiente, el artículo 8.3 del Real Decreto 1438/1985 es muy claro en cuanto al nacimiento del derecho del representante al cobro de la comisión: «en el momento del pago por el cliente en ejecución del contrato celebrado con la empresa», con lo que se vincula pago del precio por el cliente con derecho del representante a percibir su comisión, aclarando el propio precepto que «si el negocio no llegase a buen fin por culpa probada del empresario, el representante tendrá derecho a la comisión como si el cliente hubiere realizado el pago correspondiente», no dejando lugar a dudas que no habrá derecho a comisión si el incumplimiento es imputable al cliente y no al empresario, circunstancia que, como veremos, no resulta tan clara en el contrato de agencia.

Esta cierta autonomía del representante no comporta que pueda tener una organización empresarial con instalaciones y personal propios, pues en tal caso se trataría de un agente comercial, excluido de esta relación laboral, según se desprende del propio texto normativo, debiendo actuar personalmente en las tareas de promoción comercial que le encargue el empresario, y con arreglo a las instrucciones de éste en cuanto a horarios de trabajo, itinerarios en sus desplazamientos, criterios de distribución, precios y forma de realizar los pedidos y contratos.

Tiene, por último, derecho, al finalizar su relación laboral, a una indemnización especial distinta de la que pudiese corresponderle por despido improcedente, en consideración al incremento de clientela conseguido por él, siempre que la extinción del contrato no se hubiere debido a incumplimiento de sus obligaciones y que, una vez extinguido el contrato, quede obligado a no competir con el empresario o a no prestar sus servicios para otro empresario competidor de aquél.

Esta «indemnización por clientela» tiene el mismo propósito que la reconocida al agente comercial en las normas que regulan el contrato de agencia que se examinará en el Capítulo II, por lo que nos remitimos a lo que se dirá en el apartado 6 de dicho Capítulo. La forma de calcular su importe para el representante de comercio será comparando las listas de clientes al iniciarse y extinguirse la relación laboral y tomando en consideración el incremento del volumen de operaciones. A falta de acuerdo entre las partes, la indemnización se fijará por la Jurisdicción laboral, sin que pueda exceder del importe total de las comisiones correspondientes a un año, calculado por el importe medio del total de comisiones percibidas durante los últimos tres años, o período inferior que hubiese durado la relación laboral, en su caso.

## 2.2. Obligaciones del empresario y del representante de comercio

El cuadro obligacional de las partes en el contrato viene claramente establecido en los artículos 7 y 9 del texto legal:

### 2.2.1. Obligaciones del empresario:

a) Pagar la retribución pactada, haciendo las correspondientes liquidaciones en los plazos establecidos. También deberá, en su caso, compensarle los gastos de desplazamiento.

b) Poner a su disposición con la adecuada antelación los documentos y materiales necesarios para el desarrollo de su actividad.

c) Proporcionarle noticia inmediata de la aceptación o rechazo de las operaciones propuestas y de cuantas circunstancias se refieran a una operación ya aceptada. Cuando se rechace una operación deberán justificarse los motivos en los que se base esa decisión.

d) Cumplir en los términos pactados las operaciones contratadas en firme con los clientes en los plazos y términos pactados, y mantener con éstos una relación correcta.

e) Comunicarle las circunstancias de la actividad de la Empresa que puedan incidir en la relación con los clientes, en especial cuando se programen cambios en los productos o servicios ofrecidos, en los precios u otras condiciones de contratación, en el volumen de las operaciones que podrían ejecutarse, así como la relación completa de representantes y clientes en todo el ámbito de actuación comercial de la Empresa.

f) Comunicarle los pedidos recibidos directamente de clientes atribuidos al trabajador en virtud del contrato.

g) Cualesquiera otras que se hubieran fijado en el contrato o que resultasen de la aplicación del Real Decreto.

### 2.2.2. Obligaciones del representante de comercio

a) Desarrollar la actividad necesaria para promocionar la realización de operaciones mercantiles a favor del empresario, defendiendo los legítimos intereses de éste y siguiendo sus instrucciones.

b) Desarrollar su actividad de promoción de manera correcta, evitando cualquier actuación que pueda perjudicar al prestigio o a los intereses del empresario, circunstancias éstas cuya prueba corresponde al empresario.

c) Suministrar al empresario noticias inmediatas sobre la realización de las operaciones y sobre las circunstancias que puedan afectar su ejecución.

d) Gestionar el cobro de las operaciones mercantiles en que directa o indirectamente hubiesen intervenido, si así se determina en el contrato. Abonar al empresario, inmediatamente, las cantidades cobradas a los clientes cuando le esté encomendada la gestión de cobro. En ningún caso de la gestión de cobro podrá derivarse responsabilidad patrimonial para los trabajadores, salvo que haya habido negligencia grave o dolosa.

e) Mantener informado al empresario sobre su actividad dirigida a la promoción de operaciones, así como sobre las circunstancias que puedan afectar a la clientela y a la situación de la Empresa en el mercado.

f) No prestar servicios a Empresas competidoras.

g) Dar a conocer al empresario las otras Empresas a las que preste sus servicios, y a obtener la autorización de aquel para asumir nuevos compromisos con otras Empresas, si así se hubiere pactado.

h) Cualesquiera otras que se hubieran fijado en el contrato.

### 2.3. Naturaleza del contrato y exigencias del mismo

El contrato que liga al representante de comercio con el empresario es, según lo expuesto, de carácter laboral y está sujeto a unas exigencias imperativas, en cuanto a la forma y en cuanto al fondo:

a) Debe formalizarse por escrito y triplicado.

b) Debe constar en el mismo, como mínimo, las menciones siguientes: identificación de las partes; tipo de operaciones mercantiles

que deberá promover o concertar el trabajador con expresión de los productos o servicios a los que se refieran; las facultades atribuidas al trabajador, en especial si puede concertar o no operaciones en nombre del empresario; si el trabajador se obliga o no a trabajar en exclusiva para el empresario; la delimitación de la zona, demarcación o categoría de clientes con relación a los cuales haya de prestar sus servicios el trabajador, señalando en su caso si el empresario le otorga o no la exclusiva para ese ámbito de actuación; el tipo de retribución acordada y la duración del contrato.

c) En anexos al contrato se reseñarán, en su caso, el inventario y valor que se atribuye al muestrario o relación de productos y a los restantes instrumentos de trabajo que se faciliten por el empresario y la relación de medios que el trabajador aporte para el desarrollo de su labor.

d) La duración del contrato será la que se prevea en el mismo. Si no se fijara una duración determinada se entenderá que el contrato se pacta por tiempo indefinido. Los contratos por tiempo determinado no podrán tener una duración superior a tres años.

Como Anexo I al presente Capítulo se recoge un modelo de contrato de representación comercial para operaciones de exportación, basado en las anteriores exigencias.

Precisamente el carácter laboral del contrato, con las consiguientes repercusiones a efectos de cotización en seguridad social, ha impedido que la figura del «representante de comercio» y de sus equivalentes en otras legislaciones europeas (ver nota 3) haya adquirido proyección internacional, pues toda empresa que desee promocionar sus exportaciones y demás operaciones de comercio exterior normalmente se decantara por la figura del intermediario independiente, sin costes salariales ni de seguridad social, con mayor penetración en mercados foráneos, y con una estructura empresarial propia en el país en que deba llevar a cabo sus actividades, que evite continuos desplazamientos al exterior y sus correspondientes gastos.

### 3. Intermediarios independientes

#### 3.1. Agentes, distribuidores y mediadores

En contraposición a los intermediarios dependientes analizados en el apartado anterior, la figura del intermediario autónomo e inde-

pendiente es la que mayor presencia tiene en el tráfico comercial internacional.

Se trata de personas, físicas o jurídicas, con una estructura empresarial propia que realizan funciones de promoción comercial con total independencia de la empresa por cuya cuenta actúan.

Su misión puede limitarse a la mera captación de clientes, poniendo en contacto a éstos con el empresario que deba llevar a cabo las operaciones, promoviendo la actividad de aquél en mercados extranjeros sin asumir, salvo pacto expreso en contrario, el riesgo y ventura de dichas operaciones; o puede implicar la asunción de la labor de comercialización y venta por cuenta propia de los productos que le suministre su proveedor, asumiendo frente a éste todas las obligaciones derivadas del contrato de compraventa.

En el primer caso aparece la figura del «agente comercial» y en el segundo la del «distribuidor». La importancia de ambas figuras justifica se les dedique un Capítulo independiente a cada una de ellas, lo que contribuirá a delimitar las diferencias sustanciales existentes entre ambas.

Sin embargo, en el tráfico mercantil pueden encontrarse otros tipos de intermediarios independientes, en tanto que no sujetos a la disciplina laboral de la empresa por cuya cuenta actúan, cuya intermediación no comporta una verdadera relación de colaboración estable y duradera con dicha empresa.

Se trata de los denominados vulgarmente en nuestra práctica interna «corredores» o «mediadores», y «brokers» en los países del Common-Law, cuya característica principal es el aspecto meramente ocasional de su función, como contrapartida al carácter estable y permanente que tipifica la actuación de colaboración tanto del «agente comercial» como del «distribuidor», con los que no deben ser confundidos.

Son, por decirlo de alguna manera, mediadores esporádicos en operaciones puntuales, cuya actuación se limita a indicar la oportunidad de concluir una determinada operación con un tercero o a servir de intermediario en ésta a cambio de una remuneración, normalmente en forma de comisión porcentual, pero sin quedar vinculados a una continuidad en la realización de más negocios.

Un ejemplo típico de este tipo de mediador es, a nivel interno, el agente de la propiedad inmobiliaria, y, a nivel internacional, un «broker» que ofrece una operación de compra o de venta a un potencial cliente a cambio de una comisión.

En nuestro Derecho solamente se contempla como contrato tipificado en la esfera mercantil el de «comisión», al que se hizo referencia

en el epígrafe 1.2, perteneciendo las demás figuras de «mediación» o «corretaje» a la categoría de contratos atípicos o innominados, susceptibles de ser estipulados al amparo del principio de libertad de contratación y autonomía de la voluntad que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo,<sup>4</sup> «se rigen por la normativa general de las obligaciones y contratos, naciendo el derecho al cobro de sus honorarios desde el momento en que quede cumplida o agotada su actividad mediadora, o sea, desde que, por su mediación, haya quedado perfeccionado el contrato cuya gestión se le había encomendado, a no ser que se hubiese estipulado expresamente que el mediador deba cobrar dichos honorarios cuando la operación haya quedado consumada».

### 3.2. Diferencias entre el contrato de mediación y el de agencia comercial

Las notas que diferencian a los simples «mediadores» o intermediarios ocasionales de la figura del «agente comercial» que será analizada en el Capítulo siguiente son:

a) Distinto encuadre legal del contrato que establezcan con la persona por cuya cuenta actúen, teniendo el de «agencia comercial» una regulación especial, que será analizada en el Capítulo siguiente, y siendo el de «mediación o corretaje» un contrato atípico amparado en el principio de autonomía de la voluntad y de libertad contractual que regula nuestro Código Civil en sus artículos 1.091 y 1.255.

b) Carácter ocasional e instantáneo de los contratos de mediación, y estable y duradero del de agencia en la medida que este último tiene prolongación en el tiempo, al tender a la conclusión del mayor número posible de operaciones.

c) El pago de los servicios del agente comercial es remunerado únicamente por el empresario por cuya cuenta actúa, mientras que nada impide que un mediador ocasional pacte el percibo de una comisión de cada una de las partes que ha puesto en contacto.

d) El mediador ocasional suele operar sin estar limitado a una zona o área determinada ni a pactos de exclusiva y de no competencia, mientras que es habitual en los contratos de agencia comercial, como veremos en el Capítulo siguiente, la delimitación geográfica de su campo de actuación y el establecimiento de dichos pactos limitativos de la competencia.

4. Entre otras, Sentencias de 22 de diciembre de 1992 y de 4 de julio de 1994.

e) Como consecuencia del carácter esporádico de los contratos de mediación, su finalización no da derecho alguno a indemnización, a diferencia del contrato de agencia que sí genera tal derecho, según tendremos ocasión de examinar también en el Capítulo siguiente.

La facultad de concluir contratos en nombre de la empresa por cuya cuenta actúa el intermediario no es una nota diferencial, toda vez que puede incorporarse a cualquiera de los contratos indicados en el presente Capítulo, y también al de agencia comercial, como se verá. De ahí que la condición de «representante», con la que suelen actuar algunos mediadores, precise, como ya se dijo antes, que el contrato suscrito con la empresa contemple la atribución de poderes para contratar en nombre de la misma y para obligar a ésta por lo actuado.

Como Anexo II al presente Capítulo se incorpora un modelo de contrato de mediación para una operación puntual que, al igual que el modelo unido como Anexo I, es meramente ilustrativo de una de las múltiples variantes de operación que cabría contemplar, al no existir, a diferencia de los contratos de agencia comercial y distribución que se reproducen en los siguientes Capítulos 2 y 3, modelos uniformes elaborados por instituciones u organismos, dada la enorme casuística que puede concurrir.

Debe precisarse, sin embargo, que la Cámara de Comercio Internacional está preparando un modelo de contrato de mediación que de forma lo más simple posible evite la disparidad de términos y estipulaciones que, al igual que en la legislación española, se atribuyen en otros países a estas figuras de la intermediación comercial, unificando el concepto en lo que viene a denominar «*Non-Circumvention & Non-Disclosure Agreement*».

## ANEXO I

### MODELO DE CONTRATO DE REPRESENTACIÓN COMERCIAL

En la ciudad de ..., a ... de ... de mil novecientos ...

REUNIDOS: de una parte D. ..., en su calidad de ... de la firma ..., domiciliada en ..., calle ..., con NIF. ..., actuando en nombre y representación de la misma, de conformidad con las atribuciones y poderes conferidos por Escritura de fecha ... otorgada ante el Notario ... inscrita en el Registro Mercantil de ... al libro ... folio ...; y de otra parte D. ..., mayor de edad, Representante de Comercio, provisto de DNI n.º ..., con domicilio en ... calle ..., actuando en nombre e interés propios.

Reconociéndose ambos, en la condición con que intervienen, capacidad necesaria para el otorgamiento del presente contrato.

#### MANIFIESTAN

Que la firma ... (en adelante la empresa) es una compañía dedicada a la fabricación, exportación y venta de los siguientes productos: ..., estando interesada en potenciar sus ventas en todo el mundo.

Que D. ... (en adelante el representante) tiene interés en llevar a cabo la promoción y venta de los productos fabricados por la antedicha empresa, dados sus amplios conocimientos sobre mercados extranjeros.

Que han llegado a un acuerdo para la promoción en el exterior de los citados productos, que se regirá por los siguientes

#### PACTOS

##### 1. Objeto del contrato

El objeto del presente contrato consistirá en la promoción de operaciones de exportación y venta de los productos fabricados por la empresa que se especifican en Anexo I al presente contrato, pudiendo concertar tales operaciones en nombre de la empresa.

##### 2. Exclusividad y territorio

El representante ejercerá su actividad de forma exclusiva para la empresa en el/los país/países que a continuación se indican ..., siendo los gastos de desplazamiento abonados por la empresa, previa justificación documental de los mismos.

El representante no podrá realizar su actividad fuera del territorio que le ha sido asignado, ni podrá actuar por cuenta de otras empresas distintas a la contratante.



### 3. Funciones del Representante

3.1.- El representante actuará siempre de conformidad con las instrucciones cursadas por el departamento de exportación de la empresa, no pudiendo por ello concertar operaciones en condiciones distintas a las cursadas específicamente por dicho departamento.

3.2.- El representante se compromete a desarrollar su actividad con la diligencia necesaria para la mejor promoción de las operaciones encomendadas, evitando toda actuación que pueda suponer competencia desleal con otras empresas o que pueda perjudicar al prestigio de la empresa.

3.3.- Cuando la empresa lo autorice expresamente, el representante gestionará el cobro de las operaciones por el concertadas, sin que ello suponga una alteración de las condiciones de este contrato, ni tampoco responsabilidad patrimonial directa para el mismo, quien no asumirá en caso alguno el riesgo y ventura de tales operaciones.

### 4. Muestrario

La empresa facilitará al representante con antelación suficiente, un muestrario y catálogos de los artículos cuya promoción y venta se conciertan en el presente contrato y que figuran detallados, con su valoración unitaria, en el Anexo indicado en el pacto I, quedando responsabilizado el representante de los deterioros o pérdidas que se produzcan.

### 5. Aprobación de las operaciones

En todas las operaciones que concierne el representante deberá advertir al cliente que las mismas habrán de ser aprobadas por la empresa antes de adquirir firmeza. Para obtener tal aprobación deberán ajustarse a las condiciones, descuentos, e instrucciones específicas para cada producto que haya cursado al representante el departamento de exportación de la empresa, quien deberá comunicar al representante de forma inmediata la aceptación o rechazo de las operaciones propuestas, dando cuenta, caso de rechazo, de los motivos en que se base tal decisión.

### 6. Remuneración del representante

El representante percibirá de la empresa una comisión del ... % sobre las operaciones que concierne con los clientes y que sean aceptadas por la empresa, así como por aquellas operaciones que sean concertadas directamente con la empresa por clientes establecidos en el territorio asignado al representante. La liquidación de tales comisiones se efectuará al mes siguiente a aquel en que se realice el pago de la operación por el cliente.

Independientemente de la comisión indicada, el representante percibirá una cantidad fija de ... Ptas. mensuales.

### 7. Duración del contrato

La duración del presente contrato se fija en un año contado desde la fecha de su firma, pudiendo, en su caso, ser prorrogado por acuerdo mutuo por otros periodos iguales o inferiores.

### 8. Compromiso de no competencia

El representante se obliga a no competir con la empresa, ni a prestar sus servicios a otras empresas competidoras de la misma, durante el plazo de dos años posteriores a la terminación del presente contrato.

### 9. Terminación del contrato. Indemnizaciones

Al término del contrato el representante tendrá derecho a una indemnización adicional a la que pudiere corresponderle por despido improcedente, en consideración al incremento de clientela conseguido por el, siempre que la extinción del contrato no se hubiere debido al incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente por él asumidas. A tales efectos se hace constar que los clientes actuales de la empresa son los que se relacionan en Anexo II unido al presente contrato, cuya relación se actualizará anualmente y al término del contrato.

### 10. Legislación aplicable y solución de controversias

En lo no previsto en el presente contrato, se estará a las normas y disposiciones legales que regulan este tipo de relación laboral, y en especial las contenidas en el Real Decreto 1438/1985 de 1 de agosto, siendo la Jurisdicción laboral española la única competente para dirimir las controversias que pudieran derivarse de la ejecución del presente contrato.

Y para que conste y surta sus oportunos efectos, firman el presente documento y sus anexos, por triplicado, en el lugar y fecha indicados en el encabezamiento.

LA EMPRESA

EL REPRESENTANTE

Nota: Al contrato se unirán los Anexos I y II mencionados en los pactos I y 9, en los que se especificarán, en su caso, las muestras facilitadas al representante y su valoración; y la relación de clientes de la empresa ya existentes en la fecha del contrato.

## ANEXO II

### MODELO DE CONTRATO DE MEDIACIÓN

En la ciudad de ... a ... de ... de ...

#### REUNIDOS

De una parte D. ...., mayor de edad, con D.N.I. ...., actuando en calidad de Director General de la Empresa ... con N.I.F. ... y domicilio social en ... (España), calle ...

De otra parte D. ...., mayor de edad, con pasaporte n.º ... actuando en nombre e interés propios y domicilio en ... (....), calle ... n.º ...

Ambas partes se reconocen, libre y espontáneamente, capacidad mutua legal para obligarse, y

#### MANIFIESTAN

Que la firma ... (en adelante «la Empresa») es una compañía dedicada a ...

Que D. .... (en adelante «el Mediador») es persona ampliamente introducida en mercados internacionales, estando por ello en condiciones de obtener para la Empresa un pedido en firme de una serie de equipos con destino a la firma ... con domicilio en ... (en adelante «la Compradora»), al haber sido requerido por ésta para la búsqueda de equipos del tipo de los fabricados por la Empresa.

Que han llegado a un acuerdo por el que el Mediador se encargue de llevar a cabo la actividad de mediación necesaria para gestionar la venta, por cuenta de la Empresa, a la Compradora de los equipos que se relacionarán mas adelante, todo ello con sujeción a los siguientes

#### FACTOS

##### 1. Objeto del Contrato

El objeto específico del presente contrato será la intermediación del Mediador en la venta al Comprador de los siguientes equipos o productos: ...

##### 2. Funciones del Mediador

La intervención del Mediador comprenderá las siguientes actuaciones:

a) Obtener de la Compradora un pedido escrito de compra a la Empresa por un total de ... unidades de los equipos o productos mencionados en el pacto anterior, en condiciones de entrega C.I.F. .... al precio unitario de ... USD por equipo, pagadero mediante crédito documentario irrevocable y confirmado por Banco español, al embarque de los equipos o productos.

b) Remitir a la Empresa el pedido indicado en el apartado anterior, en un plazo máximo de ... días a contar desde su emisión por la Compradora ...

c) Confirmar a la Compradora el referido pedido, tan pronto haya obtenido la aceptación de la Empresa, para lo que se reserva ésta un plazo máximo de ... días a contar desde la recepción del pedido.

d) Verificar en la fábrica de la Empresa la idoneidad de los equipos o productos a suministrar por ésta, así como de sus embalajes, suscribiendo al efecto un documento de conformidad de los mismos a las exigencias impuestas por la Compradora.

e) Notificar inmediatamente a la Empresa cualquier incidencia que pudiese surgir con ocasión de la recepción en destino de los equipos por la Compradora.

##### 3. Remuneración

El Mediador percibirá de la Empresa una comisión del ... % sobre el valor total facturado a la Compradora por la operación objeto del presente contrato, que le será abonada en el plazo máximo de ... días a contar desde el efectivo cobro por la Empresa del precio total estipulado, mediante transferencia bancaria a la cuenta n.º ... del Banco ...

##### 4. Alcance y duración del Contrato

La intervención del Mediador en la operación objeto del presente contrato será a título de mero intermediario y únicamente para dicha operación, sin que, en consecuencia, deba asumir riesgo ni gasto alguno en la ejecución del contrato, el cual quedará extinguido y sin eficacia alguna una vez percibido el precio de la venta por la Empresa y abonado por ésta al Mediador el importe de la comisión estipulado en el pacto anterior, sin que la extinción comporte ningún derecho adicional ni indemnización para el mediador.

##### 5. Legislación aplicable

Dado el carácter ocasional de la operación objeto del presente contrato, al mismo serán de aplicación en lo no expresamente previsto, los principios legales reconocidos en el comercio internacional a los intermediarios en general, sin que sean de aplicación las normas relativas al contrato de Agencia comercial.

##### 6. Solución de controversias

Cualquier divergencia o controversia derivada de la interpretación o cumplimiento del presente contrato, será definitivamente resuelta de acuerdo con las Normas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros designados de acuerdo con dichas Normas.

Y para que conste y surta sus oportunos efectos, firman el presente documento, por duplicado, aunque a un solo efecto en el lugar y fecha indicados en el encabezamiento.

LA EMPRESA

EL MEDIADOR

2

## CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

### 1. Concepto

Contar con la colaboración de agentes comerciales representa actualmente el medio más simple para la penetración y comercialización de productos en mercados extranjeros. La mayoría de empresas que inician su expansión internacional lo hacen contratando los servicios de intermediación de agentes independientes que se encargan de la captación de clientes en los territorios que tienen asignados, a cambio de una remuneración.

El contrato de agencia es pues el instrumento más utilizado por empresas de comercio internacional para lograr la introducción de sus productos en zonas no explotadas comercialmente, como alternativa a otros canales de distribución. Mediante dicho contrato se encarga a una persona, física o jurídica, la promoción, de forma activa y continuada, de las ventas de dichos productos a cambio de una contraprestación económica, normalmente en forma de comisión porcentual, pudiendo realizar dicha labor simultáneamente para varias empresas o para una sola, y, a su vez, en competencia con otros agentes o bien en exclusiva para la zona o territorio asignado.

Uno de los aspectos conflictivos que, en el pasado, ofrecía el contrato de agencia era el distinto tratamiento recibido en las respectivas legislaciones europeas, ausente incluso de muchas de ellas, como era el caso de España, Gran Bretaña, Irlanda, Grecia, Bélgica y Luxem-

burgo, en las que el contrato de agencia carecía de regulación legal sustantiva.<sup>5</sup>

Tales omisiones y divergencias normativas provocaban dificultades a la hora de encajar la tipología del contrato y de delimitar sus diferencias con otros tipos de intermediarios, como ya se apuntó en el Capítulo I.<sup>6</sup> Por tales razones, la Comunidad Europea abordó la tarea de armonizar las legislaciones de sus Estados miembros, llevándolo a cabo mediante Directiva del Consejo 86/653 de 18 de diciembre de 1986, texto normativo que servirá de base a los comentarios que sobre este contrato se contienen en el presente Capítulo.<sup>7</sup>

5. Contrariamente otros Ordenamientos europeos contaban con una honda tradición legislativa en la materia, como era el caso de Alemania (Ley de 6 de agosto de 1953), Dinamarca (Ley de 8 de mayo de 1917, modificada por Ley de 13 de abril de 1938, cuyo texto fue adoptado también por Suecia y Noruega), Italia (artículos 1742 al 1.751 del Codice Civile), Francia (Decreto de 23 de diciembre de 1958); existiendo incluso un Convenio Internacional, el del Benelux de 26 de septiembre de 1973 sobre Contrato de Agencia, que solo fue ratificado por Holanda, cuyo contenido lo incorporó al Código de Comercio.

6. En España y hasta la promulgación de la Ley 12/1992 de 27 de mayo sobre Contrato de Agencia vino siendo especialmente polémica la distinción entre «agentes comerciales» y «representantes de comercio» (ver apartado 2 del Capítulo I), encargándose la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de delimitar las diferencias entre ambas figuras (Sentencias de 16 de febrero de 1981, 28 de octubre de 1982, 20 de junio de 1983, 2 de enero de 1984 y 26 de febrero de 1991, entre otras), centrándose básicamente la línea divisoria entre una y otra figura en la asunción o no del riesgo y ventura de las operaciones en que intervienen, y en el carácter independiente o no respecto a las empresas por cuya cuenta actúasen, calificando la relación contractual como mercantil en el primer caso y laboral en el segundo.

Para F. Valenzuela Garach («El agente comercial: algunos apuntes sobre la delimitación y disciplina jurídica de su actividad mercantil», Revista La Ley) el agente comercial es un empresario o auxiliar autónomo de otro empresario que le encarga la gestión de sus asuntos, mientras que el representante de comercio es un auxiliar subordinado o laboral, teniendo, sin embargo, las siguientes notas comunes:

a) La actuación de ambos se produce fuera de los locales del empresario; b) Sus respectivas actuaciones coinciden en promover personalmente, e incluso concertar en aquellas ocasiones en que ostenten una representación que les permita contratar en nombre del empresario poderdante, la realización de contratos con los clientes; y c) Que ambas actuaciones son el resultado de un encargo continuado y estable.

7. Como señala José V. Soria en «El Agente de Comercio», Edita. Tirant lo Blanc, Valencia, 1996, dos son las finalidades primordiales perseguidas por esta Directiva. En primer lugar, la armonización de las legislaciones de los diferentes Estados comunitarios, ya que las disparidades existentes afectaban a las condiciones de la competencia y al ejercicio de la profesión, así como a la seguridad de las operaciones comerciales. Además, la aproximación de los sistemas jurídicos de los Estados miembros viene impuesta por la necesidad de que los intercambios de mercancías entre estados comunitarios se lleve a cabo en condiciones análogas a las de un mercado único. Y, en segundo lugar, la protección de la figura del agente comercial, que se encuentra generalmente en una posición económica débil frente al empresario. Por ello, es necesaria la neutralización del desequilibrio económico existente mediante la adopción de una serie de normas mínimas que, inspirándose en los principios

El artículo 1 de la citada Directiva contiene una definición concreta de la figura de agente comercial que permite diferenciar claramente su naturaleza de otras modalidades de intermediación comercial: «Se entenderá por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el "empresario", la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario».

La Ley española 12/1992 de 27 de mayo incorporó al Derecho español, con algunas desviaciones, el texto de la Directiva 86/653, regulando «ex novo» el contrato de agencia y dotándolo de un régimen jurídico propio del que carecía anteriormente, pues se asimilaba al contrato de comisión mercantil, siendo en tal sentido sumamente ilustrativa su exposición de motivos.

Esta Ley, cuyo contenido se incluye como Anexo I al presente Capítulo junto con el texto de la Directiva, de forma que ambas puedan analizarse comparativamente, define el contrato de agencia, en su artículo 1, como aquel por el que «una persona, natural o jurídica, denominada 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».

La Ley española, en lugar de definir, como hace la Directiva, la figura del «agente comercial», ofrece un concepto del «contrato de agencia», de más amplitud, al referirse a «actos u operaciones de comercio» y no solamente a compra-venta de mercancías, lo que encaja más con la realidad actual del comercio, en el que pueden darse actuaciones de intermediación respecto de operaciones distintas de la compra-venta (contratos de leasing, de servicios).

## 2. Características

De las definiciones transcritas se pueden establecer las características que delimitan la figura del agente comercial y las diferencias con otras formas de intermediación:

del art. 117 del Tratado, consigan una armonización en el progreso de las legislaciones de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales. Esta Directiva se publicó en el D.O.C.E. L-382 de 31 de diciembre de 1986.

## 2.1. Autonomía

El agente comercial es un intermediario independiente respecto a los empresarios por cuya cuenta actúa, con una organización y estructura propias y con absoluta libertad para desarrollar su cometido.

En tal sentido puede disponer de local, nombre comercial y empleados propios, contabilidad autónoma y distinta de la del empresario, libertad de horarios, sin estar sometido a ninguna disciplina interna, siendo, en definitiva, titular de una auténtica organización empresarial que es precisamente lo que impide pueda otorgarse carácter laboral a la relación que le une con los empresarios para quienes actúa de mediador, y lo distingue, en consecuencia, de los representantes de comercio analizados en el apartado 2.1 del Capítulo anterior.<sup>8</sup>

De ahí que, a diferencia de éstos, si el agente está establecido en España debe estar afiliado a la Seguridad Social como autónomo y sujeto, como veremos en el apartado 7.4, al Impuesto sobre Actividades Económicas y al IVA.

## 2.2. Permanencia y estabilidad

El contrato de agencia vincula al agente y al empresario de forma estable, continua y duradera, lo que no obsta para que pueda estable-

8. Es clarificador al respecto el artículo 1 de la Ley 12/1992 que establece:

1.- No se considerarán agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan.

2.- Se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios.

En absoluta sintonía con el precepto transcrito el Tribunal Supremo español, en Sentencias de 2 de julio y 22 de octubre de 1996, ha delimitado así las diferencias: «La nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral especial antes citada, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la dependencia, la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover o a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia ésta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actúe».

cerse por tiempo determinado o por tiempo indefinido. Según aclara el preámbulo de la Ley española 12/1992 tan permanente es una agencia por tiempo indeterminado, como una agencia por un año o varios. No cabría considerar, por tanto, auténtico contrato de agencia amparado por la Directiva y la Ley 12/1992 el que tuviera como fin reconocer una comisión a un intermediario por una operación ocasional, como se dijo en el apartado 3 del Capítulo I.

## 2.3. Facultades de negociar y/o concluir operaciones por cuenta ajena

El Agente, en principio, se configura como mero intermediario que negocia por cuenta de un empresario la venta (agente de ventas) o la compra (agente de compras) de mercancías (aunque no deban descartarse otros bienes o servicios) sin que, por tanto, sea él quien realice por sí mismo tales operaciones mercantiles. No actúa pues por cuenta propia, sino ajena, a diferencia del distribuidor, figura que será analizada en el Capítulo siguiente, interviniendo, a estos efectos, como mero negociador que pone en contacto a un vendedor con un comprador, sin asumir riesgo ni responsabilidad alguna del resultado de la operación que éstos concluyan.

Pero puede también, mediante pacto expreso y poderes otorgados al efecto, asumir la función de concluir los contratos u operaciones por el promovidos firmando los correspondientes documentos contractuales, aunque siempre en nombre y por cuenta del empresario sin que ello suponga asumir, como se ha dicho, el riesgo y ventura de tales operaciones a los que, salvo estipulación en contrario, es ajeno, y por ello no pueden imputársele los resultados adversos de la operación concertada con terceros.<sup>9</sup>

9. La Ley española 12/1992 establece en su artículo 6 que «el agente está facultado para promover los actos u operaciones objeto del contrato de agencia, pero sólo podrá concluirlos en nombre del empresario cuando tenga atribuida esta facultad».

10. No asumir el riesgo y ventura de las operaciones comporta, según A. Durán-Sindreu, «Fiscalidad de los Representantes de Comercio, Agentes Comerciales e Intermediarios en general» (pag. 18) que el intermediario es ajeno totalmente a las obligaciones y derechos que surjan entre las partes contratantes una vez perfeccionada la operación mercantil en la que aquel medió, mientras que asumirlos comporta, como advierte E. Ortega Prieto (ver nota 1), que si la operación en que interviene el mediador no llega a buen fin, éste responde en lugar del que incumplió. Sin embargo, en una interpretación excesivamente amplia, el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en su Sentencia de 1 de abril de 1991 llegó a considerar que existe asunción de riesgo «si se pierden las comisiones en caso de impago».

Aunque no sea práctica frecuente, puede contemplarse en el contrato que el agente asuma el riesgo inherente al buen fin de la operación, comprometiéndose a reembolsar al mandante la cantidad, total o parcial, de las sumas impagadas por los clientes por razones de las que no sea responsable el empresario.

La inclusión de un pacto de este tipo (denominado en el Derecho italiano «*del credere*», o «*ducroire*» en el Derecho francés) suele contemplar el pago de una remuneración adicional por tal cometido.

#### 2.4. Carácter remunerado

Si bien la definición ofrecida por la Directiva, antes transcrita, no se refiere a este extremo, el mismo se deduce expresamente de lo dispuesto en el artículo 2, al excluir de su ámbito de aplicación a los agentes comerciales cuya actividad no esté remunerada. A este punto se dedicará especial atención en el apartado 4 de este Capítulo.

### 3. Derechos y obligaciones de las partes

El Capítulo II de la Directiva 86/653 impone tanto al agente como al empresario una serie de derechos y obligaciones básicas que pueden sistematizarse del siguiente modo:

#### 3.1. Obligaciones del agente

El agente deberá en el ejercicio de sus funciones velar por los intereses del empresario y actuar de forma leal y de buena fe. En particular deberá:

- a) ocuparse como es debido de la negociación y, en su caso, de la conclusión de las operaciones de las que esté encargado.
- b) comunicar al empresario toda la información necesaria de que disponga.
- c) ajustarse a las instrucciones razonables que le haya dado el empresario.<sup>11</sup>

11. Estas obligaciones, contempladas en el artículo 3 de la Directiva, no pueden ser objeto de condiciones distintas (artículo 5), y vienen también recogidas en el artículo 9 de la Ley española 12/1992, que, extralimitando el contenido de la Directiva, impone a los agentes, además, otras obligaciones: informar al empresario de la solven-

#### 3.2. Obligaciones del empresario

En sus relaciones con el agente el empresario deberá actuar de forma leal y de buena fe. En particular deberá:

- a) poner a disposición del agente toda la documentación necesaria que esté en relación con las mercancías de que se trate.
- b) procurar al agente las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia, y, en particular, en el momento en que prevea que el volumen de las operaciones comerciales va a ser sensiblemente inferior al que el agente comercial hubiere podido esperar, ponerle al corriente de ello, con razonable antelación.
- c) informar al agente, dentro de un plazo razonable, de su aceptación, su rechazo o de la no ejecución de una operación comercial que el agente le haya proporcionado.<sup>12</sup>

#### 3.3. Derechos del agente

a) percibir una remuneración de acuerdo con los usos habituales donde ejerza su actividad y por la representación de las mercancías que sean objeto del contrato de agencia. Si no existieren tales usos, el agente comercial tendrá derecho a una remuneración razonable que tenga en cuenta todos los elementos que hayan intervenido en la operación.<sup>13</sup>

b) exigir que se le proporcionen todas las informaciones que se hallen a disposición del empresario, en particular un extracto de los

cia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución; recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiere concluido; y también la de llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativas a cada empresario por cuya cuenta actúa.

12. Estas obligaciones, contempladas en el artículo 4 de la Directiva tampoco pueden ser objeto de condiciones distintas. Sin embargo y al igual que en el caso de las obligaciones de los agentes, la Ley española amplía las obligaciones del empresario al incluir la de poner a disposición del agente, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, no sólo la documentación necesaria para el ejercicio de su actividad, como contempla la Directiva, sino también muestrarios, catálogos y tarifas; obligándole también a satisfacer la remuneración pactada, lo cual resulta obvio y tal vez por ello la Directiva no alude a ello, aunque se desprende claramente de su contexto.

13. Artículo 6.1 de la Directiva y 11 de la Ley 12/1992. En esta última se matiza que la fijación de la retribución se hará de acuerdo con los usos de comercio del lugar en que el agente desarrolle su actividad, en defecto de pacto expreso, siendo tal pacto uno de los elementos que no suelen omitirse en ningún contrato de agencia.

libros de contabilidad, que le sean necesarias para verificar el importe de las comisiones que le correspondan.<sup>14</sup>

c) percibir una indemnización, tras la terminación del contrato, en los términos y condiciones que se examinarán en el apartado 6 de este Capítulo.

#### 3.4. Derechos comunes a ambas partes

a) Cada parte en el contrato tendrá derecho a obtener de la otra un escrito firmado en el que se mencione el contenido del contrato y sus eventuales apéndices, siendo tal derecho irrenunciable.<sup>15</sup>

En el apartado 7.3 se comentarán las cláusulas básicas a incluir en un contrato de agencia, reproduciéndose como Anexo II el modelo de contrato de agencia internacional elaborado por la Cámara de Comercio Internacional.

b) Cuando el contrato se haya celebrado por tiempo ilimitado, cada una de las partes podrá poner fin al mismo mediante preaviso. El plazo de éste será de un mes para el primer año de contrato, de dos meses para el segundo y de tres meses para el tercero y para los años siguientes, sin que puedan pactarse plazos de preaviso más cortos, aunque se permite que las partes puedan acordar plazos más largos siempre que el plazo de preaviso a respetar por el empresario no sea más corto que el que deba observar el agente.<sup>16</sup>

#### 3.5. Pactos de exclusiva y de no competencia

Con independencia de las obligaciones y derechos reconocidos a las partes, pueden éstas, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, incorporar a sus contratos, y ello es práctica habitual, unos pactos restrictivos de la competencia tendientes a limitar la actuación del empresario, del agente, o de ambos a la vez.

A estos efectos puede establecerse un «pacto de exclusiva» por el que el empresario se obligue a no otorgar a ninguna otra persona la condición de agente ni a otorgar el derecho a representar o vender los productos objeto de contrato en el territorio reservado al agente, con

14. Artículo 12.2 de la Directiva y 15.2 de la Ley 12/1992. En esta última no se contempla el derecho a obtener un extracto de los libros de contabilidad sino el de exigir la exhibición de la contabilidad del empresario en los particulares necesarios para verificar todo lo relativo a las comisiones que le correspondan.

15. Artículo 13 de la Directiva y 22 de la Ley 12/1992.

16. Artículo 15 de la Directiva y 25 de la Ley 12/1992.

lo que éste actuará como «agente exclusivo» en el área o territorio asignado de los productos amparados por dicha exclusiva.

Puede exigirse al agente, paralelamente, que no desarrolle su actividad mediadora respecto a productos que sean competencia de los del empresario o, incluso, respecto a firmas que aunque no comercialicen el mismo tipo de productos en el territorio asignado al agente, sean competidores del empresario en otra línea de productos o en otras áreas geográficas.

En tales casos la bilateralidad de las restricciones impuestas comportará que éstas sean un derecho y una obligación para ambas partes. Pero pueden también pactarse con carácter unilateral, es decir, sólo en favor del agente y a cargo del empresario o sólo en favor del empresario y a cargo del agente.

En este último caso la restricción sólo puede operar respecto a productos o respecto a otros empresarios que sean competidores, pues una prohibición general de realizar actividades con empresarios no competidores atentaría al carácter autónomo e independiente que caracteriza al agente, convirtiéndolo en un mediador dependiente similar al «representante de comercio» examinado en el Capítulo I, desvirtuando su naturaleza.

Al no ser estas restricciones rasgos inherentes al contrato, pues incluso en el pasado llegaron a plantear dudas respecto a su posible vulneración del derecho de la competencia,<sup>17</sup> la Directiva no hace referencia a las mismas,<sup>18</sup> salvo en cuanto al reconocimiento al agente del derecho a la comisión por operaciones concluidas directamente por el empresario en la zona reservada exclusivamente a dicho agente, aun cuando éste no hubiere intervenido,<sup>19</sup> quedando pues al libre albedrío de las partes su incorporación o no al contrato.

17. La Comisión Europea, por medio de Comunicación de 24 de diciembre de 1962, estableció que las restricciones de la competencia inherentes a los contratos de agencia en los que el intermediario realiza una función auxiliar, no siendo, por tanto, empresario independiente susceptible de ser considerado por sí mismo comprador o vendedor, no quedan afectadas por las prohibiciones del derecho de la competencia contenidas en el artículo 85.1 del Tratado de Roma, que si afectan, por el contrario, a los contratos de distribución exclusiva.

Posteriormente el Tribunal de Justicia de Luxemburgo abundó en la tesis de excluir a los agentes mediadores del ámbito del artículo 85.1 del Tratado en Sentencias de 13 de julio de 1966 y 16 de diciembre de 1975.

18. La Ley española 12/1992 se refiere al tema sólo de forma implícita en su artículo 7, estableciendo que «salvo pacto en contrario, el agente puede desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios».

19. El artículo 7.2 de la Directiva reconoce el derecho a comisión del agente por una operación que haya concluido mientras dure el contrato de agencia «cuando

La prolongación de la restricción de las actividades del agente una vez terminado el contrato sólo puede establecerse mediante pacto expreso que la Directiva denomina «cláusula de no competencia»,<sup>20</sup> cuya validez queda condicionada a tres requisitos: que se pacte por escrito; que vaya dirigida al sector geográfico o al grupo de personas y al sector geográfico confiados al agente, así como al tipo de mercancías cuya representación corre a su cargo en virtud del contrato; y que se establezca para un periodo máximo de dos años después de la terminación del contrato.

#### 4. Remuneración del agente

##### 4.1. Derecho al percibo de comisión. Comisiones directas e indirectas

Característica esencial del contrato de agencia es, como se dijo en el apartado 2.4, su carácter remunerado, hasta el punto que la Directiva excluye expresamente de su ámbito de aplicación a aquellos agentes cuya actividad no esté retribuida. De este modo, la remuneración es un derecho expresamente reconocido al agente «de acuerdo con los usos habituales donde ejerza su actividad y por la representación de las mercancías que sean objeto del contrato de agencia».<sup>21</sup>

La forma habitual, aunque no única, de remunerar al agente es mediante comisión, es decir, en términos de la propia Directiva «cualquier elemento de la remuneración que varíe según el número o valor de las operaciones».

El derecho al percibo de la comisión por una operación concluida durante la duración del contrato de agencia exige que concurra una de estas dos circunstancias:

- a) que la operación se haya concluido gracias a la intervención del agente. Es el caso más frecuente y comporta que la intervención de éste haya permitido la realización de la operación.
- b) que la operación se haya concluido con una persona con la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido anteriormente

disfrute del derecho de exclusividad para un sector geográfico o para un grupo determinado de personas y siempre que se haya concluido la operación con un cliente que pertenezca a dicho sector o grupo». También se reconoce este derecho en el artículo 12.2 de la Ley 12/1992.

20. Artículos 20 de la Directiva y 20 y 21 de la Ley 12/1992.

21. Artículos 6 y 7 de la Directiva y 11 y 12 de la Ley 12/1992.

operaciones del mismo tipo. Se reconoce así el derecho a comisión no sólo cuando el agente haya intervenido directamente en la operación de que se trate, sino también cuando ésta sea resultado de una actividad anterior gracias a la cual se ha podido concluir.

En estos casos las comisiones a percibir se denominan «directas» ya que tanto en uno como en otro supuesto el agente ha tenido una intervención directa y personal.

Pero también se reconoce al agente el derecho a percibir comisiones «indirectas» en casos en que no habiendo tenido intervención alguna, se concluye una operación con un cliente perteneciente al sector geográfico o al grupo de personas que estén a cargo del agente o respecto a los que el agente tuviera reconocida la exclusiva.

De esta manera se pretende proteger al agente de posibles intervenciones en su zona o en el ámbito de la exclusividad reconocida en el contrato, por otros agentes o directamente por el propio empresario, generando un derecho a percibir comisión pese a no haber desarrollado actividad alguna, aunque lógicamente sea presupuesto para ello que el contrato así lo haya contemplado mediante la inclusión del pacto de exclusividad examinado en el anterior apartado 3.5. o cláusula expresa al respecto en que así se establezca.

En tal sentido es explícita la Ley española al condicionar el derecho a estas comisiones indirectas a que el agente «tuviera la exclusiva para una zona geográfica o para un determinado grupo de personas».

##### 4.2. Percibo de comisión por operaciones concluidas después de finalizar el contrato

La Directiva distingue dos supuestos:<sup>22</sup>

- a) Operaciones que habían sido iniciadas por el agente debido a su actividad desarrollada durante la vigencia del contrato y que hayan concluido dentro de un plazo razonable a partir de la terminación del mismo. En tales casos se considera justo reconocer al agente la comisión siempre que se cumpla el requisito de que la operación posteriormente concluida sea resultado de la actividad o esfuerzos desarrollados por el mismo, y que la conclusión de dicha operación se produzca dentro de un plazo (tres meses, según la Ley española) después de la terminación del contrato.

22. Artículos 8 y 9 de la Directiva y 13 de la Ley 12/1992.



b) Operaciones ya concertadas por el agente durante la vigencia del contrato, de manera que el empresario o el agente ya hubieran recibido el encargo de un tercero antes de la terminación del contrato, pero cuya ultimación se produjo después de dicha terminación.

Como el reconocimiento del derecho a comisión a un agente cuyo contrato ha terminado puede plantear conflictos con el agente que, en su caso, le suceda, la Directiva niega el derecho del nuevo agente a la comisión si ésta se debiera a la intervención de un agente anterior, «a no ser que, debido a las circunstancias fuere equitativo compartir dicha comisión entre ellos».

Tal solución salomónica se produciría caso de que, por ejemplo, pese a la intervención del primer agente en la negociación de la operación, hubiese tenido el sucesor una intervención relevante en su ejecución posterior, tarea nada fácil de delimitar en la práctica y que suele ser fuente de discusiones entre la empresa y los agentes implicados.

#### 4.3. Devengo de la comisión

La comisión del agente se devengará en el momento y en la medida que se produzca una de las circunstancias siguientes:

a) que el empresario haya ejecutado la operación.

b) que el empresario hubiere debido ejecutar la operación en virtud de acuerdo celebrado con el tercero.

c) que el tercero hubiere ejecutado la operación.

La redacción de este precepto ha recibido una crítica unánime de la doctrina, ante la imprecisión del término «ejecutar la operación», que si bien no plantea especiales dificultades respecto a la posición del empresario en una venta —la comisión se devengará cuando haya efectuado la prestación a que se obligó con el tercero o cuando debió haberla efectuado (entregar las mercancías)— el tema no parece tan claro respecto a la posición del tercero.

En relación a este último cabría preguntarse ¿cuándo se entiende que ha ejecutado la operación, a la recepción de la mercancía, en caso de compra-venta, o con el pago de su precio?

Para abundar en la confusión la Directiva en el párrafo 2 de su artículo 10 impone un límite a la fecha del devengo de la comisión: «a más tardar cuando el tercero haya ejecutado su parte de la operación o

debiera haberla ejecutado si el empresario hubiere ejecutado su parte de la operación».

Algunos estudiosos del tema aluden al inequívoco propósito de la Directiva de desvincular el devengo de la comisión, del cumplimiento de la obligación de pago por parte del tercero. Así M. Luisa Llobregat<sup>24</sup> no duda en afirmar que con independencia de que la operación llegue a buen fin o su ejecución se vea dificultada con posterioridad por causas imputables al empresario, el agente tiene derecho, en todo caso, al devengo de la comisión, estando, asimismo, facultado el agente para reclamarla aunque el contrato no haya sido ejecutado por el tercero y el empresario se vea obligado al empleo de medios coercitivos para recuperar la contraprestación.

Otros autores, como R. Baldi<sup>25</sup> defienden el principio de correspondencia de la remuneración del agente y el resultado económico conseguido, siendo, por otro lado, uso corriente y práctica habitual en contratos de agencia vincular el pago de la comisión por el empresario al cobro por éste del precio de la operación, pues es lógico que todo empresario se resista a pagar comisiones por operaciones no cobradas.

Tampoco tendría mucho sentido la situación privilegiada en que se encontraría el «agente comercial» en relación al «representante de comercio» analizado en el Capítulo anterior, si tenemos en cuenta que, respecto a este último, su normativa reguladora establece, como ya se dijo, que, salvo pacto en contrario, el derecho a la comisión nace en el momento del pago por el cliente en ejecución del contrato celebrado con la empresa.

A estos efectos, puede resultar ilustrativo el artículo 16.2 del modelo de Contrato de agencia elaborado por la Cámara de Comercio Internacional, que se incluye como Anexo II de este Capítulo y que actualmente se utiliza como patrón para la confección de múltiples contratos internacionales, que claramente condiciona el derecho a comisión al pago completo del importe facturado.

Pero, pese a su utilización habitual y generalizada, cabría plantearse la eficacia jurídica de un pacto de este tipo, visto el carácter imperativo de la Directiva que impide puedan pactarse condiciones distintas a las establecidas en el apartado 2 del artículo 10 antes

24. M. Luisa Llobregat, «El Contrato de Agencia Mercantil», Edit. J.M. Bosch, pág. 176, Barcelona, 1994.

25. Roberto Baldi, «El Derecho de la Distribución Comercial en la Europa Comunitaria», Edit. Revista de Derecho Privado, pág. 35, Madrid, 1988.

23. Artículo 10 de la Directiva y 14 de la Ley 12/1992.

transcrito, caso de litigio en base a un contrato regido por una ley inspirada en sus principios.

La Ley española tampoco aporta luz al respecto, al situar el momento del devengo de la comisión en aquel «en que el empresario hubiere ejecutado o hubiere debido ejecutar el acto u operación de comercio, o éstos hubieran sido ejecutados total o parcialmente por el tercero».

No sería descabellado interpretar que el tercero ha ejecutado parcialmente su parte en la operación si recibe las mercancías, primera obligación de todo comprador, pero incumple la segunda, pagar el precio, naciendo el derecho del agente a la comisión por tal operación.

En todo caso, no debe perderse de vista el principio general que recoge el artículo 3 de la Directiva de que «el agente comercial deberá velar por los intereses del empresario y actuar de forma leal y de buena fe», principio que cabría considerar incumplido por el agente si, a sabiendas de la situación anómala del cliente aportado o de su informalidad, tramitara un pedido suyo sin advertir al empresario de tales circunstancias.

#### 4.4. Pago de la comisión

El pago de la comisión, acto que la Directiva distingue del devengo, debe producirse, a más tardar, el último día del mes siguiente al trimestre durante el que se haya devengado, sin que puedan pactarse condiciones diferentes en detrimento del agente. Pero si pueden pactarse si son en favor de éste, por ejemplo acortando el plazo de pago.

El empresario deberá entregar al agente una relación de las comisiones devengadas, a más tardar el último día del mes siguiente al trimestre en el curso del cual se devengaron, debiendo contener tal relación todos los elementos esenciales sobre cuya base se haya calculado el importe de las comisiones.

El agente tendrá derecho, asimismo, a que se le proporcionen todas las informaciones que se hallen a disposición del empresario, en particular un extracto de los libros de contabilidad (exhibición de la contabilidad según la Ley española), que le sean necesarios para verificar el importe de las comisiones que le correspondan.<sup>26</sup>

26. Artículo 10.3 y 12 de la Directiva y 15.1 de la Ley 12/1992.

El derecho del agente a recibir la relación e información indicadas no puede alterarse mediante pacto.

#### 4.5. Extinción del derecho a la comisión

El derecho del agente a percibir la comisión se extingue si se demuestra que el contrato entre el tercero y el empresario no se ejecutará y ello no fuese debido a circunstancias atribuibles al empresario.<sup>27</sup>

El precepto no tiene otra significación que remarcar una vez más el derecho del agente a la comisión aún en el supuesto de que el empresario no ejecute la operación por causas imputables al mismo. Sólo pierde tal derecho si el culpable de la inexecución de la operación es el cliente (por ejemplo, si anula el pedido una vez cursado, o no efectúa la apertura del crédito documentario al que se había obligado en el contrato de compra-venta o en las condiciones pactadas con el empresario).

La extinción del derecho a comisión por estas razones, cuya concurrencia deberá probar el empresario, comportará la obligación del agente de devolver la que haya cobrado.

Esta última imposición de la Directiva refuerza el criterio expuesto en el apartado anterior de desvincular el «devengo» del derecho a comisión, del «pago» de la operación, porque sino, no tendría sentido haber cobrado una comisión, que hay que devolver, por una operación que no ejecuta el empresario por culpa del tercero. Por el contrario, la Ley española sale al paso de este contrasentido aludiendo al deber de restituir al empresario la comisión «que hubiera percibido el agente a cuenta del acto u operación pendiente de ejecución», lo que presupone que haya existido un pacto de pagos «a cuenta» de la futura ejecución de la operación.

#### 5. Terminación del contrato

##### 5.1. Duración del contrato

El contrato de agencia puede establecerse, a criterio de las partes, por una duración limitada o indefinida.

27. Artículo 11 de la Directiva y 17 de la Ley 12/1992.

Como señala R. Baldi (ver nota 25), el empresario puede tener interés en un contrato de breve duración, renovable, para evitar la carga del pago de una indemnización por resolución del contrato de duración indeterminada, siendo a veces el agente quien tiene interés en un contrato de larga duración cuando se trata de introducir desde cero los productos del empresario en una zona determinada por lo que, previendo el agente un desarrollo intenso de las ventas en una fase posterior, quiere asegurarse las ventajas a través de un contrato de favorables condiciones, que tenga una larga duración ya fijada en el tiempo.

De ahí que la duración del contrato dependa siempre de lo que las partes libremente estipulen al efecto, imponiendo la Directiva una única condición, que si el contrato se estableció por duración limitada y sigue siendo ejecutado por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerará transformado en contrato de duración ilimitada.<sup>28</sup>

Lógicamente, el contrato convenido por tiempo determinado se extinguirá por cumplimiento del término pactado, salvo que siga ejecutándose con posterioridad a dicho término, en cuyo caso, según se ha dicho, se considerará transformado en contrato de duración ilimitada.

## 5.2. El preaviso

Cuando el contrato se haya celebrado para una duración ilimitada, cada una de las partes podrá unilateralmente poner fin al mismo mediante preaviso, cuyo plazo deberá ser de un mes para el primer año de contrato, de dos meses para el segundo año y de tres meses para el tercer año y años siguientes, sin que las partes puedan pactar plazos de preaviso más cortos.<sup>29</sup>

28. Artículo 14 de la Directiva y 23 de la Ley 12/1992.

29. Artículo 15 de la Directiva. La posibilidad concedida a los Estados miembros en el artículo 15.3 de la Directiva de fijar otros plazos de preaviso diferentes a partir del cuarto año de contrato, permitió que la Ley española 12/1992 estableciera en su artículo 25 los siguientes plazos de preaviso por escrito: un mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses, y un mes si el contrato hubiere estado vigente por tiempo inferior a un año. Asimismo la Ley española permite puedan pactarse plazos mayores a condición de que el plazo para el preaviso del agente pueda en ningún caso ser inferior al establecido para el preaviso del empresario.

El preaviso es, por tanto y como regla general, condición imprescindible para poner fin al contrato de duración indefinida, considerándose su omisión como incumplimiento contractual.<sup>30</sup>

Podrán, sin embargo, cada una de las partes dar por finalizado el contrato, sin necesidad de preaviso, cuando la otra parte hubiere incumplido, total o parcialmente, las obligaciones legal o contractualmente establecidas o cuando concurren circunstancias excepcionales.<sup>31</sup>

## 6. Indemnizaciones

### 6.1. Justificación y naturaleza.

Uno de los elementos característicos del contrato de agencia es el reconocimiento al agente de una compensación o indemnización por el mero hecho de la terminación del contrato, incluso si ésta se produce por fallecimiento del agente.

El derecho al percibo de dicha compensación tiene para R. Baldi (ver nota 25) carácter resarcitorio por las provisiones perdidas por el agente en la zona por él trabajada y se refiere a la clientela por él aportada al empresario, fuente, con el paso del tiempo, de ganancias en progresión para el agente quien, por efecto de la ruptura contractual, viene a perderlas; debiendo considerar otro aspecto, que sigue también al cese de la relación, que es el incremento patrimonial o enriquecimiento que el agente ha aportado a las finanzas del empresario a través de la creación y desarrollo de una clientela.

30. Si bien tanto la Directiva como la Ley 12/1992 no mencionan las consecuencias de la falta de preaviso, abundante Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha reconocido el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios producidos «en los supuestos en que se pacta la necesidad de un preaviso y se prescinde del mismo» criterio si bien referido a los contratos de distribución, como más extensamente será tratado en el Capítulo siguiente, es perfectamente aplicable a los contratos de agencia (ver nota 109).

31. La discrecionalidad reconocida en el artículo 16 de la Directiva a los Estados miembros en esta materia permitió que la Ley 12/1992 contemplara en su artículo 26 como circunstancias excepcionales que eximen de la necesidad de preaviso, aparte del incumplimiento total o parcial de las obligaciones de la otra parte, el que ésta haya sido declarada en estado de quiebra, o cuando haya sido admitida a trámite su solicitud de suspensión de pagos. En tales casos se entenderá que el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción.

Así pues, para dicho autor, la indemnización tiene, por un lado, carácter de resarcimiento, por el perjuicio sufrido por el agente tras la ruptura y, por otro, de compensación por la utilidad aportada al empresario.

Como acertadamente afirma F. Martínez Sanz,<sup>32</sup> la ruptura de la relación contractual es susceptible de quebrar el equilibrio existente hasta ese momento, produciéndose una disolución de ese activo común que constituía la clientela conseguida, generalmente en beneficio del empresario, quien podrá seguir disfrutando de la misma, mientras que el agente perderá no sólo la posibilidad de obtener nuevos clientes sino también el valor de las ventajas aportadas al empresario durante la vigencia del contrato y que van más allá de la simple promoción y/o conclusión de operaciones comerciales.

El deseo de liquidar de la forma más equitativa posible ese «*patri-monio común*» o comunidad de intereses existente durante la vigencia del contrato es el que ha llevado al legislador comunitario a permitir en la Directiva unos mecanismos de protección del agente por los perjuicios que la ruptura contractual hayan podido ocasionarle, articulando un doble sistema al permitir que cada Estado miembro en su legislación interna opte por la denominada «*indemnización por clientela*», o por la «*reparación de los perjuicios causados*».

A tales efectos, el artículo 17 de la Directiva establece:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias que garanticen al agente comercial, tras la terminación del contrato, una indemnización con arreglo al apartado 2 o la reparación del perjuicio con arreglo al apartado 3.»<sup>33</sup>

## 6.2. La indemnización por clientela

El apartado 2 del artículo 17 de la Directiva reconoce al agente el derecho a una indemnización en el supuesto y en la medida que:

– hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes,

32. Fernando Martínez Sanz, «La indemnización por clientela en los contratos de agencia y comisión», Edit. Civitas, pág. 59, Madrid, 1995.

33. De los países comunitarios que han adaptado la Directiva a su legislación interna, sólo Francia ha optado por reconocer exclusivamente la reparación del perjuicio sufrido, en la Ley 91/593 de 25 de junio de 1991, optando los demás, entre ellos España, por la «indemnización por clientela».

siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario; y

– el pago de dicha indemnización fuere equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes.<sup>34</sup>

La «*indemnización por clientela*», denominada también «*por fondo de comercio*», ha sido considerada por un amplio sector doctrinal como expresión de la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa del empresario, quien se beneficiaría de los esfuerzos y clientela desarrollados por el agente con el correlativo empobrecimiento de éste, mientras que para otros autores no se trata más que de una indemnización por los perjuicios sufridos por el agente tras la terminación del contrato, debido a la pérdida de comisiones que, de haber continuado aquél, habría obtenido, o, más bien, según otro amplio sector doctrinal, de una retribución adicional por una actividad, ya realizada pero no retribuida en su totalidad durante la vigencia del contrato, encaminada a la creación y/o consolidación de una clientela, que no se encontraría suficientemente remunerada por las simples comisiones de promoción o conclusión de operaciones.<sup>35</sup>

En alguna Sentencia aislada de nuestros Tribunales se ha justificado el reconocimiento de la indemnización por clientela en la compensación del lucro recibido por el comitente a consecuencia del desestimiento contractual, debiendo aportarse la prueba real y efectiva del provecho recibido y de la clientela generada.<sup>36</sup> Con mayor precisión se ha referido al tema el Tribunal Supremo, incluso respecto a contratos suscritos con anterioridad a la Ley 12/1992,<sup>37</sup> señalando que «la clientela obtenida durante la vigencia del contrato no pertenece al colaborador ni al empresario principal, pero éste la aprovecha y la integra en su fondo comercial como consecuencia directa de la extinción de la relación».

34. Similar derecho se reconoce en el artículo 28 de la Ley 12/1992, aunque con total independencia de la «indemnización por daños y perjuicios» que, no como alternativa sino como indemnización adicional, se regula en el artículo 29.

35. Sobre la naturaleza y finalidad de la «indemnización por clientela» y distintas posturas doctrinales ver la obra de Fernando Martínez Sanz ya citada en la nota 32, págs. 89 y siguientes.

36. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra n.º 17/1997 de 15 de noviembre de 1997.

37. Sentencias de 11 de febrero de 1984, 22 de marzo de 1988, 17 de marzo de 1993, 27 de mayo de 1993, 25 de enero de 1996 y 14 de febrero de 1997.

Del artículo 17 de la Directiva antes transcrito se deduce que son cuatro los presupuestos necesarios para que el agente tenga derecho a una indemnización por clientela:

1. Que se haya producido la terminación del contrato, siendo irrelevante a estos efectos que se trate de un contrato de duración determinada o indefinida.<sup>38</sup> Así, y como apunta F. Martínez Sanz (ver nota 32), el derecho a la indemnización por clientela nacería en los casos de extinción del contrato por transcurso del término pactado; por advenimiento de la condición resolutoria a la que se hubiese sometido, en su caso, el contrato; por mutuo disenso, con independencia de quien adopte la iniciativa de poner fin a la relación contractual; por muerte o fallecimiento del agente; muerte del empresario cuando lo denuncien sus sucesores respetando el plazo de preaviso preceptivo; por denuncia del empresario, salvo que venga justificada por un previo incumplimiento del agente; o por denuncia del agente, siempre que se apoye en circunstancias imputables al empresario o se funde en la edad, invalidez o enfermedad del agente y no pudiera exigirse razonablemente continuar prestando sus servicios.

A los anteriores supuestos de terminación del contrato cabría añadir cualesquiera otros que hubiesen sido expresamente previstos en el mismo, como por ejemplo la situación de quiebra o insolvencia del empresario, o el cambio en la titularidad de las acciones o de los cargos directivos de la sociedad que actúe como tal.

2. Que el agente hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes preexistentes.

Para que se cumpla este requisito es imprescindible que el agente haya aportado al empresario clientes «nuevos», es decir, clientes con los que el empresario no había mantenido con anterioridad relaciones comerciales, o clientes que, habiendo interrumpido sus relaciones con el empresario, las reanuden merced a la intervención del agente, o, en fin, clientes que amplíen su gama de productos servidos inicialmente por el empresario, a otros distintos.

A la aportación de nuevos clientes se equipara, alternativamente, el incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente, circunstancia que se produciría no sólo caso de un aumento de pedidos del mismo producto ya adquirido con anterioridad, sino

38. A este respecto no ofrece dudas el artículo 28.1 de la Ley 12/1992: «Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido ...».

también de otros distintos del mismo género fabricados por el empresario.<sup>39</sup>

El incremento de estas operaciones debe ser «sensible», cuestión que habrá que ponderar en cada caso, pero que, en definitiva, comporta un aumento de tal envergadura que sea susceptible de equipararse a la adquisición de un cliente nuevo.

3. Que la actividad del agente pueda seguir reportando ventajas sustanciales al empresario, requisito éste que si bien se basa en meras expectativas de futuro, puede traducirse en la posibilidad de que las relaciones comerciales establecidas por el agente sigan produciendo ventajas al empresario al continuar éste con los clientes captados por dicho agente, correspondiendo a este último la carga de la prueba de que tales relaciones se mantendrán en el futuro y podrán seguir produciendo ventajas al empresario, y que, además, éstas serán «sustanciales», aspecto éste que creemos sólo podrá ser evaluado en función del volumen de operaciones que haya existido durante la vigencia del contrato y de los rendimientos que aquéllas hayan producido al empresario.

El procedimiento para fijar la cuantía de la indemnización da origen, en buen número de casos, a una especial litigiosidad, constituyendo precisamente esa inseguridad un estímulo para que las partes tiendan a dilatar en lo posible el proceso y poder así sustituir lo que son simples pronósticos o valoraciones *ex ante* por constataciones *ex post*. La «ventaja sustancial» del empresario será, en efecto, juzgada con base en un pronóstico en torno al comportamiento futuro de las relaciones comerciales, en el que serán tenidos en cuenta todos los datos disponibles hasta el momento en que recaiga la decisión del juez de instancia, por lo que se comprende el interés que pueden tener las partes en alargar el proceso.<sup>40</sup>

39. F. Martínez Sanz, en la obra citada en la nota 32 (pág. 148), matiza que cuando un cliente antiguo pasa a adquirir otros bienes de este mismo empresario pero de un género totalmente distinto se estaría propiamente ante un supuesto de aportación de «cliente nuevo», con lo que no cabe excluir que un mismo cliente pueda ser «nuevo» y «viejo» simultáneamente, aunque para ello sea preciso que el agente logre convencer al cliente del empresario para que aquellos productos que hasta ese momento adquiría de un competidor los adquiera, en lo sucesivo, del empresario representado.

40. Como ha señalado la Audiencia Provincial de Vizcaya en Sentencia de 17 de diciembre de 1997 (apelación 358/96), «esta indemnización queda vinculada según el tenor de la Ley a que el contrato pudiera continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario de no haberse extinguido. Sin embargo, dichos requisitos cuya acreditación compete al agente, resultan de difícil prueba y se ha de recurrir a elementos indiciarios o presunciones para su averiguación. No es preciso la creación de una nueva cartera de clientes para que nazca tal derecho sino que basta con que ésta se

4. Que el pago de la indemnización fuere equitativo habida cuenta de todas las circunstancias.

La Directiva incluye este último requisito para tener derecho a la indemnización por clientela como elemento nivelador, que puede operar tanto a favor como en contra, de manera que, si aun cumpliéndose los tres requisitos anteriores, no resulta justa la indemnización, no procederá ésta.

Lógicamente corresponderá al empresario la carga de la prueba relativa a que, pese a cumplirse los tres requisitos iniciales, la indemnización no es justa.

La Directiva se limita a citar dos supuestos en los que resultaría equitativa la indemnización, siempre naturalmente previo cumplimiento de los tres requisitos previos mencionados:

a) que exista una pérdida de comisiones por parte del agente, es decir, que continúen realizándose operaciones entre el empresario y los clientes aportados por el agente por las cuales éste habría tenido derecho al cobro de una comisión si no hubiera terminado el contrato.

b) que haya existido en el contrato un pacto de limitación de competencia que restrinja la actividad del agente una vez terminado el contrato.<sup>40</sup> La existencia de un pacto de esta índole simplemente juega a favor de la concesión de la indemnización, pero no comporta *per se* el derecho a la misma.

La ausencia de tal pacto no descarta el carácter equitativo de la indemnización, pues dependerá de la actividad que pase a desarrollar el agente al término del contrato, pudiendo resultar equitativa si, pese a no existir impedimento, el agente no se dedica a ninguna actividad que entre en competencia con la del empresario anterior, y no resultar equitativa, si, por ejemplo, el agente facilita los clientes del antiguo empresario a otro nuevo competidor de este último.

El amplio significado de la expresión «*habida cuenta de todas las circunstancias*» permite puedan entrar en juego, a favor o en contra de la indemnización, y por tanto modular el importe de ésta, otras

incremento e incluso que se mantenga. Y así, en supuestos como el de autos en los que el agente desarrolla su actividad a plena satisfacción para el empresario durante casi ocho años con una cuantiosa cartera de clientes y volumen de negocios según refiere la documental aportada, procede el derecho a indemnización en los términos que se cuantificarán.<sup>41</sup>

41. La Directiva permite a los Estados miembros que incluyan o no este supuesto como dato a valorar a efectos del carácter equitativo de la indemnización, habiéndolo recogido la Ley española 12/1992 en su artículo 28.

consideraciones distintas de las expresamente recogidas en la Directiva, como por ejemplo el pago de comisiones muy elevadas durante la vigencia del contrato, en comparación con las usuales en el sector o lugar de actividad del agente; la contratación por el empresario en beneficio del agente y de forma voluntaria de un plan de pensiones o un seguro de vida; la asunción por el empresario de ciertos gastos extraordinarios de promoción (publicidad, asistencia a ferias, etc.) que hayan redundado en beneficio del agente al permitirle la captación de nuevos clientes; y, en definitiva, cualquier otra circunstancia, que incumbirá probar a quien la invoque, que juegue como elemento modulador a la hora de determinar el montante de la indemnización que resulte justa; sobretodo teniendo en cuenta que la Directiva simplemente impone unos límites máximos a la indemnización por clientela, debiendo las partes negociar o, en su caso, el juez o árbitro decidir el importe de la misma.

El límite máximo impuesto por la Directiva a la «*indemnización por clientela*» es el de no poder exceder de una cifra equivalente al importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años, y, si el contrato remontara a menos de cinco años, a la media del periodo.<sup>42</sup>

La Directiva se limita pues a señalar unos topes máximos indemnizatorios, pero sin indicar reglas de cuantificación,<sup>43</sup> lo que en la mayoría de los casos puede complicar su cálculo, si no existe avenencia entre las partes.

### 6.3. Indemnización por daños y perjuicios

La «*indemnización por clientela*», no es pues derivación necesaria de un incumplimiento contractual del empresario, sino expresión de la necesidad de retribuir al agente, al término del contrato, incluso por fallecimiento de aquél,<sup>44</sup> la actividad desarrollada por el mismo en la medida en que sus frutos van a prolongarse después de dicha terminación. De ahí que su concesión no sea obstáculo para que, además, el agente pueda reclamar se le resarza de cuantos daños y

42. Artículo 17.2.b) de la Directiva y 28.3 de la Ley 12/1992.

43. A diferencia de lo previsto para los Representantes de Comercio en el art. 11 del Real Decreto 1438/1985 que establece en su apartado dos: «Para calcular la indemnización por la clientela se compararán las listas de clientes establecidas conforme a lo dispuesto en el artículo 5.º, al iniciarse y extinguirse la relación laboral, tomando, en su caso, en consideración el incremento del volumen de las operaciones».

44. Artículo 17.4 de la Directiva y 28.2 de la Ley 12/1992.

perjuicios haya podido ocasionarle la terminación de sus relaciones con el empresario.

Pese a las dudas interpretativas que la propia Directiva plantea al reconocer primero (artículo 17.1) la reparación del perjuicio causado como alternativa a la «indemnización por clientela», y luego admitir abiertamente que la concesión de esta última «no impedirá al agente reclamar por daños y perjuicios» (artículo 17.2.c) parece obvio que la indemnización por clientela no cierra el camino a la posible exigencia de otras responsabilidades a que pudiera haber lugar, lo que sirve, a su vez, para precisar la naturaleza remuneratoria y no indemnizatoria de la «indemnización por clientela».

Así pues, y con independencia de esta última, podrá el agente reclamar cuantos perjuicios le hubiese ocasionado una ruptura del contrato por incumplimiento del empresario, por ejemplo si éste rescinde un contrato de duración indefinida sin cumplir el plazo de preaviso previsto, y sin causa que le exima de tal requisito, o si es el agente quien rescinde el contrato por incumplimiento de alguna de las obligaciones impuestas al empresario.

Hay que coincidir pues con la mayoría de los autores en que la posibilidad del agente de reclamar por daños y perjuicios se basa en los principios generales del derecho común que vinculan su exigibilidad al incumplimiento contractual,<sup>45</sup> sin que en esta materia pueda hablarse de un *numerus clausus* de supuestos indemnizables como erróneamente podría dar a entender el texto del artículo 17.3 de la Directiva<sup>46</sup> que, como se dijo antes, regula la «reparación del perjuicio

45. Así lo ha reconocido expresamente la Audiencia Provincial de Albacete en Sentencia de 15 de noviembre de 1997 al señalar: «La indemnización por daños y perjuicios, compatible con la indemnización por clientela, tiene por objeto compensar al agente comercial el quebranto que produce la extinción no justificada de un contrato decidida por el empresario; es decir, es la que obliga al empresario a abonar los gastos que el agente haya desembolsado para llevar a cabo la actividad contratada, siempre que dichos gastos se hayan producido siguiendo las instrucciones del empresario y no provengan de la voluntad o conveniencia del propio agente».

46. En nuestro Derecho el artículo 1.101 del Código Civil: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran al tenor de aquellas».

47. Este artículo reconoce al agente el derecho a la reparación del perjuicio que le ocasione la terminación de sus relaciones con el empresario si dicho perjuicio resulta, en particular, de la terminación en unas condiciones:

- que priven al agente comercial de las comisiones de las que hubiere podido beneficiarse con una ejecución normal del contrato a la vez que le hubiese facilitado al empresario unos beneficios sustanciales debidos al agente comercial;

sufrido por el agente» como alternativa a la «indemnización por clientela», para casos de Estados miembros que, no recogiendo en su legislación interna esta figura resarcitoria, optaran únicamente (caso de Francia) por reconocer al agente el «derecho a la reparación del perjuicio que le ocasione la terminación de sus relaciones con el empresario».

#### 6.4. Inexistencia y pérdida del derecho a indemnizaciones

La Directiva contempla tres supuestos en los que, pese a concurrir los requisitos para ello, no habrá lugar a indemnización alguna.<sup>47</sup>

a) Cuando el empresario haya puesto fin al contrato por un incumplimiento imputable al agente.

b) Cuando el agente haya puesto fin al contrato, a menos que esta terminación estuviere justificada por circunstancias atribuibles al empresario o por la edad, invalidez o enfermedad del agente comercial, circunstancias por las que ya no se puede exigir razonablemente la continuidad de sus actividades.

c) Cuando, en virtud de pacto con el empresario, el agente comercial ceda a un tercero los derechos y obligaciones de que es titular en virtud del contrato de agencia.

Aun existiendo pleno derecho a las indemnizaciones examinadas, se perderá aquel si el agente (o en caso de fallecimiento sus herederos), no las reclaman al empresario en el plazo de un año desde la terminación del contrato.<sup>48</sup>

- y/o que no hayan permitido al agente comercial amortizar los gastos que hubiere realizado para la ejecución del contrato aconsejado por el empresario.

Curosamente la Ley 12/1992 pese a optar por la fórmula de la «indemnización por clientela» en su artículo 28, regula, además y con independencia de esta, en su artículo 29, la «indemnización de daños y perjuicios» pero limitada a un caso concreto: «el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato».

Una acertada crítica a esta redacción se encuentra en la obra de F. Martínez Sanz citada en la nota 32.

48. Artículo 18 de la Directiva y 30 de la Ley 12/1992.

49. Artículo 17.4 de la Directiva y 31 de la Ley 12/1992.

## 7. Pautas para la formalización de un contrato internacional de agencia comercial

Examinados los aspectos básicos del contrato de agencia comercial, a la luz de la Directiva comunitaria, parece oportuno facilitar una serie de recomendaciones prácticas en cuanto a las pautas a seguir tanto para la elección del agente adecuado, como para la formalización del contrato que establezca el cuadro obligacional por el que vayan a regirse sus relaciones con el empresario.

### 7.1. Selección del agente adecuado

Como afirma L. de la Rosa,<sup>50</sup> la buena elección de un agente comercial competente retribuye con creces el tiempo y el esfuerzo dedicados a buscarle y encontrarle. Si se elige a la persona idónea, la posibilidad de realizar negocios es grande: si la elección es errónea se acumulan contratiempos y debe repetirse el proceso. La elección lleva tiempo.

Veamos las pautas que cabría seguir para la elección del agente adecuado:

#### a) Localización

Para ello puede acudir a distintas fuentes:

Cámaras de Comercio locales (bolsa de contratación), Bancos corresponsales en el exterior de los de la empresa establecidos en España, Asociaciones de agentes comerciales en el país extranjero, publicación de anuncios en periódicos extranjeros, información de clientes, si se han efectuado con anterioridad ventas directas, información de empresas que exportan productos complementarios, información de intermediarios que actúan en la distribución, agencias de publicidad y gabinetes de asesoría en países extranjeros, Oficinas Comerciales españolas en el exterior, Cámaras de Comercio españolas o mixtas, y ferias comerciales que se celebren en el país en que se busque representación, que son a menudo lugar privilegiado para entrar en relación con candidatos.

50. Luis de la Rosa Alemany, «Marketing Internacional. Expansión de la Empresa hacia el exterior», Centro de Estudios de Economía Internacional. 3.ª edición, pág. 81.

### b) Contacto y preselección

Una vez se dispone de la lista de posibles candidatos es aconsejable establecer contacto por correspondencia, cuanto más precisa mejor, es decir, dando detalles sobre los productos que se desean introducir y remitiendo folletos, muestras (si el producto lo requiere), fotografías y características descriptivas, pasando a solicitar un acuerdo de principio para continuar con las deliberaciones.

Para la segunda fase de la preselección es recomendable desplazarse al país y, mediante un cuestionario previamente establecido, entrevistar a todos los seleccionados y con posterioridad comprobar las referencias aportadas, la autenticidad de sus contestaciones y el grado de penetración que tienen en el mercado.

#### c) Elección

Para ello debe prestarse atención a su reputación entre proveedores, clientes y bancos, experiencia comercial en general, experiencia en productos similares al que se pretende comercializar, organización de ventas, material y humana, métodos de trabajo, productos que haya comercializado y que actualmente promueve, volumen de ventas anual que promueva y tasa de expansión anual, sectores geográficos abarcados en el pasado y en el presente, potencial de «stockage», servicio postventa de que dispone, conocimiento de idiomas y su relación con el medio oficial del país (Aduanas, Ministerios y otras instituciones relacionadas con el comercio exterior).

Con frecuencia se deberá elegir entre una oficina de representación importante, de buena reputación, con buenas instalaciones pero con muchos productos a promocionar, y otra más agresiva comercialmente, ávida de promover negocio, pero con menos clientela hecha.

Solo tras un detenido y minucioso examen de aquellas condiciones que posee cada uno de los entrevistados, en función de las necesidades de promoción y de los objetivos en cantidad y plazo que deba cumplir la empresa, se podrá estar en situación de tomar una decisión.

### 7.2. Contrato escrito y ley aplicable al mismo

Es en todo punto aconsejable que, una vez elegido el agente adecuado, se formalice un contrato escrito en el que se recojan, con la



mayor precisión posible, al menos todos aquellos aspectos que la experiencia profesional indica que suelen resultar conflictivos, y que analizaremos someramente en el epígrafe siguiente.

No quiere decirse con ello que la forma escrita sea un requisito imprescindible para la validez del contrato, al menos en las legislaciones comunitarias vista la libertad de forma que permite la Directiva, pero si lo es a efectos probatorios del contenido obligatorio asumido por cada una de las partes, más difícil en la medida en que no exista constancia escrita.<sup>51</sup> Y también lo es para la eficacia de determinados pactos contractuales (cláusula de no competencia, asunción de riesgos, plazos mayores de preaviso que los establecidos en la Directiva).

Además, la ausencia de contrato escrito puede dificultar el determinar, caso de conflicto, la ley por la que deberá resolverse el mismo, sobretodo si el agente con el que se establece la relación tiene su sede de actividad en un país tercero no miembro de la Unión Europea, y, por tanto, con una legislación nacional no necesariamente coincidente con las prevenciones impuestas por la Directiva 86/653 a que se ha venido haciendo referencia en este Capítulo.

Esta Directiva ha permitido una armonización a nivel de Estados comunitarios, pese a que no todos han trasladado a su legislación interna su contenido de forma idéntica, que permitiría dar solución legal bastante uniforme a cualquier conflicto entre partes establecidas en dichos Estados, aunque no existiese contrato escrito, pero pudiera acreditarse de algún otro modo la existencia de la relación de agencia (correspondencia, abonos de comisiones, etc.).

Más problemático resultaría si el conflicto surgiera entre un empresario comunitario y un agente establecido fuera de la Unión Europea, y debiera resolverse el litigio ante los Tribunales del país del agente, pues aquellos tenderían a aplicar la Ley interna en su integridad, cuyo contenido sería normalmente desconocido para el empresario.

Esto nos lleva a considerar un aspecto sumamente importante en relación al contrato de agencia, sobre el que todas las legislaciones internas que lo contemplan suelen contener unas normas imperativas que no pueden ser objeto de pacto en contrario ni siquiera por con-

51. Debe tenerse en cuenta, además, que a nivel comunitario es un derecho irrenunciable, reconocido en el artículo 12 de la Directiva el de que cada parte, previa solicitud, obtenga de la otra parte «un escrito firmado en el que se mencione el contenido del contrato, incluido el de los apéndices ulteriores».

trato escrito.<sup>52</sup> Es la cuestión relativa a qué ley resultará aplicable en caso de conflicto y consiguiente litigio.

La Ley aplicable a todo contrato puede ser libremente elegida por las partes,<sup>53</sup> pero tal elección debe constar de forma expresa en el propio contrato, lo que obliga a sopesar esta cuestión a la hora de redactar el mismo.

La Cámara de Comercio Internacional, en el modelo de contrato de agencia comercial que ha divulgado,<sup>54</sup> y que se reproduce como Anexo II de este Capítulo, recomienda la sumisión a los principios legales generalmente reconocidos en comercio internacional como aplicables a los contratos de agencia internacional, con exclusión de las leyes nacionales, aunque si el Agente está establecido dentro de la CE, deban aplicarse las disposiciones obligatorias de la Directiva comunitaria. Basa pues la C.C.I. el modelo de contrato en lo que ha venido en llamarse «*lex mercatoria*» internacional, según la terminología acuñada por B. Goldman,<sup>55</sup> y que se ha ido construyendo sobre cuatro pilares fundamentales: los usos y costumbres mercantiles, los contratos-tipo, las condiciones generales y regulaciones profesionales y la jurisprudencia arbitral, configurando todos ellos los «*principios legales generalmente reconocidos en comercio internacional*».

El propósito de esta solución es, según la propia C.C.I., asegurar que las normas del modelo de contrato puedan aplicarse de forma uniforme a empresarios y agentes de distintos países sin la interferencia de las leyes nacionales, que pueden diferir en una serie de aspectos, dando a los arbitros una mayor libertad para interpretar el contrato, pudiendo aplicar, en aquellos casos en que los términos específicos del mismo no se expresan, los usos comerciales y los principios generales del Derecho.

52. Claro ejemplo es la Ley española 12/1992 cuyo artículo 3 declara el carácter imperativo de sus preceptos a no ser que en la propia Ley se disponga expresamente otra cosa.

53. Este principio general de libre elección aparece claramente reconocido en el artículo 3 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, vigente entre los Estados miembros de la U.E. y también en la mayoría de legislaciones internas, incluso en materia de agencia comercial, siendo un claro exponente la Ley española 12/1992 en su artículo 3: «En defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente ley...».

54. Publicación n.º 496 de la C.C.I. Ver artículo 23.

55. B. Goldman, «Frontières du droit et les mercatoria». Archivos de Filosofía del Derecho, 1964.

Pero en materia de agencia comercial concurre una circunstancia muy especial que no se da en otros contratos y es la existencia, como se dijo antes, de disposiciones imperativas en las legislaciones internas que difícilmente podrán obviarse, más aún si el tema litigioso es planteado ante tribunales de justicia del país en que el agente tiene su sede e, incluso, si se recurre al arbitraje pues la validez y/o ejecución de la decisión arbitral puede depender de que los árbitros hayan tenido en cuenta o no dichas disposiciones imperativas. Y ello aun cuando se hubiese pactado la aplicación de una ley extranjera.<sup>56</sup>

Por ello en el artículo 23.3 del modelo C.C.I. se recoge la imposición a los árbitros de que consideren las disposiciones legales obligatorias en el país donde está establecido el agente que sean aplicables incluso si las partes someten el acuerdo a una legislación extranjera.

Una alternativa que se viene utilizando, incluso para contratos con agentes no establecidos en la U.E., es la de pactar en el contrato como ley aplicable la propia Directiva 86/653, pero ello puede comportar un serio inconveniente: que en un país no comunitario no se admita como ley sustantiva por cuanto las Directivas no tienen aplicación directa al precisar un posterior desarrollo normativo<sup>57</sup> con lo que los litigantes se volverían a encontrar con que el conflicto acabaría resolviéndose de acuerdo con la ley del país del agente, sobre todo si aquél se plantea por vía judicial y no arbitral, solución a la que, por otro lado, se llegaría si se omitiera toda referencia en el contrato a la ley aplicable pues tal es la norma conflictual que impera en la mayoría de ordenamientos internos y Convenios internacionales.<sup>58</sup>

56. En este sentido es claro el artículo 3.3 del Convenio de Roma sobre ley aplicable (ver nota 53) al establecer que la elección por las partes de una ley extranjera no podrá afectar, cuando todos los elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas «disposiciones imperativas».

57. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 189 del Tratado de Roma. Sin embargo, en ocasiones el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha reconocido la eficacia directa de las Directivas cuando sus términos sean suficientemente claros, precisos e incondicionales (Sentencias de 4 de diciembre de 1974 y 19 de enero de 1982, entre otras), pero tal eficacia no puede invocarse en relaciones entre particulares, sino sólo frente a la Administración nacional del Estado miembro que demore su transposición al Derecho interno.

58. El artículo 4 del Convenio de Roma sobre ley aplicable (ver notas 53 y 56) remite, en ausencia de ley elegida por las partes, a la ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos, presumiéndose que esta es la del país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o su administración central. Al ser la prestación característica de un contrato de agencia la función mediadora del agente, es claro

### 7.3. Precauciones y cláusulas básicas del contrato

Resta examinar brevemente las precauciones que deberían adoptarse en la redacción de las cláusulas o pactos más importantes de un contrato de agencia, antes de ofrecer uno de los modelos más utilizados actualmente, el ya mencionado de la Cámara de Comercio Internacional que se reproduce en el Anexo II de este Capítulo:

#### a) Encabezamiento

Deben formularse las mismas recomendaciones que para cualquier otro contrato, comenzando por la importancia de identificar debidamente a las partes y, en su caso, a los que actúan en su representación, comprobando que estos últimos tienen poderes suficientes para concluir el contrato en cuestión y que se encuentran vigentes, haciendo constar los datos de tales poderes y de su debida inscripción registral. Es aconsejable, asimismo, estampar la antefirma con el nombre de cada una de las partes contratantes y la escritura a máquina del nombre de las personas apoderadas que suscriban el contrato, con el fin de evitar errores en posteriores transcripciones, tanto más posibles cuanto menos latinos sean sus nombres. Conviene también rubricar todas las páginas del contrato y de sus anexos.

También es aconsejable concretar la fecha y el lugar en que se celebra el contrato, y el de cumplimiento de las obligaciones, con expresión del país al que corresponda. Son muchas las ciudades que, perteneciendo a países diferentes, tienen nombres homónimos.

#### b) Ámbito territorial y objeto del contrato

El contrato debe precisar, en primer lugar, el territorio en el que deberá el agente desarrollar su función pues la omisión de una cláusula de este tipo, o la inconcreción de la misma, puede dar lugar a conflictos cuando existan otros agentes del mismo empresario.

que por reenvío resultaría aplicable la ley de residencia habitual del agente o de su administración central si fuere una sociedad.

A similar conclusión cabría llegar en virtud del Convenio de La Haya sobre ley aplicable a contratos de intermediarios y de representación de 14 de mayo de 1978, que no se encuentra en vigor por falta de suficientes ratificaciones, y, en definitiva, por aplicación de las normas internas de conflicto, como es el caso del artículo 10.11 del Código Civil español que, remite a la ley del país donde se ejerciten las facultades conferidas.

En segundo lugar, es importante especificar las mercancías que serán objeto de compra-venta por mediación del agente, sobre todo cuando el contrato no se extienda a la totalidad de productos fabricados por el empresario y, en consecuencia, queden algunos de ellos excluidos del ámbito objetivo del mismo.

Asimismo si, después de la entrada en vigor del contrato, el empresario tiene intención de ampliar su producción a nuevas mercancías, conviene precisar si el contrato de agencia se extenderá o no a estas últimas.

Todo ello incluyendo, si es preciso, anexos al propio contrato, como los unidos al modelo de la C.C.I.

#### c) Funciones del agente

La especificación de cuáles deban ser las funciones del agente debe comprender, fundamentalmente: si el agente puede o no cursar al empresario pedidos de fuera del ámbito territorial del contrato; si está o no facultado para firmar contratos en nombre del empresario o debe limitarse a cursar pedidos, reservándose en tal caso el empresario la potestad de firmar los contratos de compra-venta así como la de aceptar o rechazar dichos pedidos; si está o no autorizado a recibir pagos de los clientes en nombre del empresario; y si, asume o no algún tipo de responsabilidad respecto al buen fin de la operación («del credere»).

#### d) Pactos de exclusividad y no competencia

Como se dijo anteriormente en el apartado 3.5 cualquier limitación de las actuaciones del agente y/o del empresario deben pactarse expresamente en el contrato, entendiéndose inexistentes tales limitaciones si no han sido expresamente previstas en este último.

Si se desea que algún producto en concreto quede excluido de la exclusividad es conveniente especificarlo expresamente. Asimismo si el empresario desea no incluir en la exclusividad algún tipo de cliente determinado (organismos públicos, grandes superficies, clientes directos que ya existían con anterioridad al contrato de agencia, etc.), conviene indicarlo en el propio contrato o en un anexo al mismo, con objeto de evitar que las operaciones realizadas respecto a tales productos o clientes devenguen comisiones en favor del agente, o a fin de establecer para estos casos un porcentaje inferior de comisión.

También debe ser objeto de pacto expreso, como se dijo, cualquier prolongación de la restricción de las actividades del agente una vez terminado el contrato, con el límite de dos años tras dicha terminación.

#### e) Organización de ventas

Conviene precisar si el agente viene o no obligado a mantener un servicio post-venta capaz de atender eventuales reclamaciones de los clientes, o un stock adecuado de piezas de recambio; prever todo lo relativo a campañas publicitarias, asistencia a ferias y otros medios de promoción, la forma de atender los gastos que éstos generen; y la posibilidad de utilización por el agente de las marcas, símbolos o logotipos del empresario.

También es recomendable estipular si el agente está o no facultado a contratar subagentes, previendo, caso afirmativo, quién asumirá la responsabilidad de sus gestiones.

#### f) Objetivos mínimos de venta

Es absolutamente recomendable, pues ello servirá de pauta para verificar el grado de efectividad del agente en su cometido, fijar unos objetivos mínimos anuales, considerando, incluso, incumplimiento contractual si no se logran dichos objetivos, que pueden irse actualizando periódicamente.

#### g) Intercambio de información

Independientemente del deber de información mutuo que tienen ambas partes, es aconsejable prever, respecto al agente, la obligación de informar al empresario acerca de cualquier solicitud de éste respecto a sus actividades, condiciones de mercado, estado de la competencia, legislación aplicable en el territorio del agente; sobre la solvencia de los clientes cuyos pedidos transmita al empresario, evitando cursar los de aquellos que puedan estar en mala situación financiera; sobre eventuales reclamaciones de clientes respecto a posibles deficiencias de los productos; sobre cualquier vulneración por parte de terceros, de la que tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones, de los derechos del empresario en materia de patentes, marcas o cualquier otra manifestación de la propiedad industrial o intelectual.

Respecto al empresario conviene prever todo lo relativo al envío de muestras, catálogos, listas de precios actualizadas y cualquier otro tipo de información o elementos que sean necesarios para la actividad del agente.

#### h) Comisiones. Cálculo y pago de las mismas

Por ser elemento esencial del contrato de agencia, debe pormenorizarse en el mismo todo lo relativo a la remuneración que se acuerde: porcentaje aplicable, tanto por operaciones concluidas en el territorio del agente como fuera de él, si éstas se hubieren autorizado; por operaciones relativas a productos o clientes excluidos expresamente del ámbito de la exclusiva en su caso concedida; y por asumir algún tipo de responsabilidad sobre el buen fin de las operaciones (*«del credere»*).

También debe especificarse la forma de calcular las comisiones (se aconseja utilizar como base el precio *ex-works* de las facturas); el momento del devengo de las mismas; plazo de pago, documentación que podrán exigirse mutuamente las partes para la realización de este último, y moneda en que deberá efectuarse.

#### i) Duración del contrato

Es sumamente importante, por las consecuencias que podría tener una resolución anticipada e injustificada del contrato, que se especifique en el mismo si se establece por tiempo indefinido o por tiempo determinado, así como la forma del preaviso en el primer caso, y la posibilidad o no de prórrogas en el segundo.

Una opción recomendable es pactar un período inicial breve (un año por ejemplo) con prórrogas anuales automáticas salvo preaviso.

#### j) Resolución anticipada

Es muy conveniente detallar en el contrato los incumplimientos que darán derecho a la otra parte a resolver sin necesidad de preaviso el contrato antes de su vencimiento o el de las prórrogas, en su caso, acordadas.

Las principales causas de incumplimiento que suelen indicarse como motivo de resolución anticipada son: vulneración de los pactos de exclusiva o de no competencia, no alcanzar el agente los objetivos

mínimos de venta estipulados, quiebra o situación anómala similar, impago o retraso en el pago de las comisiones, cambio en la titularidad y/o dirección del negocio.

Puede, sin embargo, recurrirse a la fórmula genérica de considerar causa de resolución el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractualmente asumidas por una u otra parte, especificando únicamente las circunstancias excepcionales que, no comportando incumplimiento, sean causa de rescisión (quiebra, cambio en la titularidad del negocio, etc.).

#### k) Indemnización por rescisión

Como se dijo ampliamente en el apartado 7.2. al tratar de la Ley aplicable al contrato, las partes deberán tener muy en cuenta las disposiciones imperativas de la legislación que resulte aplicable, pues mientras que algunos países no reconocen en su legislación interna derecho a la indemnización por clientela, en cuyo caso podría excluirse toda indemnización de este tipo, en los países cuya legislación sí contempla esta indemnización no sería válido un pacto que la excluyera, todo ello sin perjuicio del principio general reconocido en todas las legislaciones de resarcir los daños y perjuicios causados por incumplimiento injustificado de cualquier contrato.

#### l) Ley aplicable

A tenor de lo expuesto en el apartado 7.2 es importante la elección de ley aplicable, sobre todo si se quiere evitar la incidencia de la del país del agente, que, según lo dicho, sería la que dirimiría las posibles controversias en ausencia de pacto al respecto, ello sin perjuicio, según también se dijo, de la aplicación de las normas imperativas de esta última.

Las orientaciones de la C.C.I. antes comentadas, en favor de la *«lex mercatoria»* comportan una solución aceptable aunque con las limitaciones que supone la existencia de las citadas normas imperativas de la legislación interna del país en el que el agente tenga su sede. De ahí que deba observarse una especial atención cuando se establezca un contrato de agencia en países no miembros de la U.E. y verificar cómo contempla la legislación de éstos dicho contrato.

## m) Solución de controversias

Como en todo contrato, es importante establecer de antemano qué vía utilizar para resolver posibles controversias entre las partes, la judicial o el arbitraje.

Pese a la gran aceptación que día a día viene adquiriendo el arbitraje para resolver conflictos internacionales, siendo ésta la alternativa que propone la C.C.I. en el modelo de contrato de agencia que se reproduce en el Anexo II, no debe pasarse por alto una circunstancia que puede resultar conflictiva si la ley aplicable al contrato contiene una norma imperativa que excluya la posibilidad de someterse a otros Tribunales que no sean los del domicilio del agente, como es el caso de la Ley española 12/1992.<sup>59</sup>

El tema ha sido abordado por el Tribunal Arbitral de Barcelona indicando que se trata de una norma tuitiva del agente, de la que se desprende el carácter imperativo de la limitación de los pactos sobre competencia territorial en sede de la jurisdicción ordinaria, pero no por ello se prohíbe el convenio arbitral, mediante el cual las partes excluyen respecto de materias de su libre disposición la intervención de la jurisdicción ordinaria, y por consiguiente se excluye la aplicación de normas que regulan dicha jurisdicción.<sup>60</sup>

Consecuentemente, no resulta admisible pensar que en materia de contrato de agencia, y menos si éste es de carácter internacional, deba excluirse la posibilidad de someter las discrepancias a arbitraje mediante pacto expreso en tal sentido.

59. La Ley española 12/1992, en su disposición adicional, establece: «La competencia para conocer de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario». Sin duda lo que pretende la ley es proteger al agente, parte normalmente más débil en el contrato, respecto a imposiciones del empresario de tener que litigar en los tribunales del domicilio de este último, consideradas abusivas por la Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 y por reiterada Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de 12 de julio de 1996, 25 de noviembre de 1996 y 12 de mayo de 1997), si bien en todos los casos se hace referencia a contratos de adhesión, es decir, impuestos por una parte a otra, y celebrados con «consumidores», condición que no tienen los agentes comerciales.

60. Acuerdo 428/97 de 5 de marzo de 1997. En este Acuerdo llega el Tribunal arbitral a plantear que la tesis contraria llevaría a excluir totalmente el arbitraje de nuestro sistema jurídico por anticonstitucional, visto el contenido del artículo 117.3 de la Constitución española en que también se utiliza el término «exclusivamente» para atribuir a los Jueces y Tribunales ordinarios la facultad de juzgar.

## 7.4. Aspectos fiscales

Por último, resta referirnos brevemente a un tema que no suele ser tenido en cuenta a la hora de redactar contratos internacionales de agencia y puede provocar posteriormente confusión entre agente y empresario a la hora de facturar aquél a éste sus comisiones. Se trata del régimen tributario al que éstas quedan sometidas y las correspondientes obligaciones fiscales de una y otra parte.

Por lo que se refiere a la tributación española, debemos diferenciar a estos efectos entre:

## a) Imposición directa

Los agentes comerciales establecidos en España tributarán en este país por IRPF o Impuesto de Sociedades, según sean personas físicas o jurídicas, por su volumen anual de ingresos, debiendo el empresario pagador, si está establecido en España, efectuar la correspondiente retención de IRPF, no de Impuesto de Sociedades, si paga una comisión a un agente, persona física, establecido en España, aunque haya mediado en una operación de compra-venta internacional. Por otro lado, el agente comercial establecido en España viene obligado al pago del Impuesto sobre Actividades Económicas.

Las comisiones pagadas a agentes establecidos fuera de España están exentas tanto a efectos del Impuesto de Sociedades como del IRPF si su devengo se ha producido por haber intervenido en operaciones de compra-venta internacional, por lo que el empresario español pagador de tales comisiones no viene obligado a efectuar retención alguna.<sup>61</sup>

## b) Imposición indirecta

Las comisiones de los agentes tienen incidencia en los dos tributos que gravan las operaciones de importación en la Comunidad Europea: los derechos de aduana y el IVA.

A efectos de los derechos de aduana a la importación, la comisión de venta que satisfaga un importador, por indicación de su suministrador extranjero, a un agente de ventas de éste establecido fuera de la U.E. debe integrarse en el «valor en aduanas» (ver más adelante

61. Artículos 45 1b y 2b de la Ley 43/1995 del Impuesto de Sociedades y 70 del Reglamento del IRPF.

nota 153) de las mercancías importadas, base sobre la que se liquidan tales derechos, aunque normalmente la comisión de venta la habrá pagado directamente el suministrador extranjero a su agente y ya figurará incorporada al valor de la mercancía, tributando así tanto en la base imponible de los derechos, como del IVA a la importación.

No se integran en el «valor en aduanas», por el contrario, las comisiones de compra que satisfaga el importador a su agente de compras,<sup>62</sup> quedando por ello fuera de la base imponible de los derechos de aduanas, pero no del IVA a la importación, como veremos seguidamente.

A efectos del IVA, las comisiones quedan sujetas al tratamiento que, para mayor claridad, distinguimos en los siguientes apartados, y que es común a todos los Estados miembros de la C.E. al estar armonizadas las normas de este impuesto.

1. Agente de compras establecido en España que actúa por cuenta de firma importadora española:

a) Si la empresa importa de país tercero, no miembro de la U.E., la comisión del agente no se integra en el «valor en aduanas», pero sí en la base del IVA. En tal caso la factura del agente a su comitente está exenta de IVA.<sup>63</sup>

b) Si la empresa efectúa «adquisiciones intracomunitarias», el agente debe facturar a su comitente con repercusión del IVA español.<sup>64</sup>

2. Agente de compras establecido en otro país de la U.E. que actúa por cuenta de firma importadora española:

a) Si la empresa importa de país tercero, el tratamiento es igual que en el caso anterior a).

b) Si la empresa efectúa «adquisiciones intracomunitarias», el IVA por el servicio prestado se devenga en el Estado miembro donde se haya realizado materialmente la compra, salvo que la empresa española haya comunicado su NIF al agente, en cuyo caso éste no debe

62. Artículo 32 del Código Aduanero aprobado por Reglamento 2913/92 de 12 de octubre de 1992.

63. Artículos 83.1.b) y 64 de la Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido, dictada en desarrollo de las Directivas comunitarias sobre dicho impuesto. Al tratarse de un tributo armonizado a nivel de todos los Estados miembros de la Unión Europea, el régimen que se recoge en este apartado y en los siguientes es el mismo en todos los demás Estados.

64. Artículo 70.6 de la Ley 37/1992 del IVA.

incluir IVA por su servicio. La empresa deberá autoliquidar el IVA en España por ser sujeto pasivo.<sup>65</sup>

3. Agente de ventas establecido en España que actúa por cuenta de exportador español:

a) Si la empresa exporta a países terceros, el servicio está exento de IVA.<sup>66</sup>

b) Si la empresa efectúa «entregas intracomunitarias», el agente debe facturar su comisión a aquella con repercusión del IVA.<sup>67</sup>

4. Agente de ventas establecido en otro país de la U.E. que actúa por cuenta de exportador español:

a) Si la empresa exporta a países terceros, el tratamiento es igual que en el caso a) anterior (exención de IVA).

b) Si la empresa efectúa «entregas intracomunitarias», el IVA por el servicio de mediación se devenga en el Estado miembro donde se haya realizado materialmente la venta, salvo que la empresa española haya comunicado su NIF al agente, en cuyo caso no debe éste facturar IVA por su servicio. La empresa deberá autoliquidar el IVA en España por ser sujeto pasivo.<sup>68</sup>

5. Agente de ventas establecido en un tercer país no miembro de la U.E. que actúa por cuenta de exportador español: El servicio está exento de IVA.<sup>69</sup>

65. Artículos 70.6 y 84.2 de la Ley 37/1992 del IVA.

66. Artículo 21.6 de la Ley 37/1992 del IVA.

67. Artículo 70.6 de la Ley 37/1992 del IVA.

68. Artículos 70.6 y 84.2 de la Ley 37/1992 del IVA.

69. Artículo 70.6 de la Ley 37/1992 del IVA.

## ANEXO I

Artículos de la Directiva del Consejo 86/653 de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes y correlativos preceptos de la Ley española 12/1992 de 27 de mayo sobre Contrato de Agencia.

## Directiva 86/653

CAPÍTULO I  
ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1. 1. Las medidas de armonización que establece la presente Directiva se aplicarán a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las relaciones entre los agentes comerciales y sus poderdantes.

2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente va sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el «empresario», la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.

3. Un agente comercial, con arreglo a la presente Directiva, no podrá ser, en particular:

- ni una persona que, en calidad de órgano tenga el poder de obligar a una sociedad o asociación,
- ni un asociado que esté legalmente facultado para obligar a los demás asociados,
- ni un administrador judicial, un liquidador o un síndico de quiebra.

## Ley 12/1992

CAPÍTULO I  
DISPOSICIONES GENERALES

## Artículo 1. Contrato de agencia.

Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada 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.

## Art. 2. Independencia del agente.

1. No se considerarán agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan.

2. Se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios.

Art. 3. Ámbito de aplicación de la Ley y carácter imperativo de sus normas.

## Contrato de agencia comercial

Art. 2. 1. La presente Directiva no se aplicará:

- a los agentes comerciales cuya actividad no esté remunerada,
- a los agentes comerciales cuando operen en las bolsas de comercio o en los mercados de materias primas,
- al organismo conocido por el nombre de «Crown Agents for Overseas Governments Administrations», tal y como se constituyó en el Reino Unido en virtud de la ley de 1979 relativa a los «Crown Agents», o a sus filiales.

2. Cada uno de los Estados miembros tendrá la facultad de disponer que la Directiva no se aplique a las personas que ejerzan las actividades de agente comercial que se consideren accesorias conforme a la ley de dicho Estado miembro.

CAPÍTULO II  
DIRECCIONES Y OBLIGACIONES

Art. 3. 1. El agente comercial deberá en el ejercicio de sus actividades velar por los intereses del empresario y actuar de forma leal y de buena fe.

2. El agente comercial, en particular deberá:

a) ocuparse como es debido de la negociación y, en su caso, de la conclusión de las operaciones de las que esté encargado;

b) comunicar al empresario toda la información necesaria de que disponga;

c) ajustarse a las instrucciones razonables que le haya dado el empresario.

Art. 4. 1. En sus relaciones con el agente comercial, el em-

1. En defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa.

2. La presente Ley no será de aplicación a los agentes que actúen en mercados secundarios oficiales o reglamentados de valores.

## Art. 4. Prescripción de acciones.

Salvo disposición en contrario de la presente Ley, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia se regirá por las reglas establecidas en el Código de Comercio.

CAPÍTULO II  
CONTENIDO DEL CONTRATOSECCIÓN 1.ª  
Actuación del agente

## Art. 5. Ejercicio de la agencia.

1. El agente deberá realizar, por sí mismo o por medio de sus dependientes, la promoción y, en su caso, la conclusión de los actos u operaciones de comercio que se le hubieren encomendado.

2. La actuación por medio de subagentes requerirá autorización expresa del empresario. Cuando el agente designe la persona del subagente responsable de su gestión.

Art. 6. Conclusión de actos y operaciones de comercio en nombre del empresario.

El agente está facultado para promover los actos u operaciones objeto del contrato de agencia, pero sólo podrá concluirlos en nombre del empresario cuando tenga atribuida esta facultad.

presario deberá actuar de forma leal y de buena fe.

2. El empresario, en particular, deberá:

a) poner a disposición del agente comercial la documentación necesaria que esté en relación con las mercancías de que se trate;

b) procurar al agente comercial las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia, y, en particular, en el momento en que prevea que el volumen de las operaciones comerciales va a ser sensiblemente inferior al que el agente comercial hubiera podido esperar, ponerle al corriente de ello, con razonable antelación.

3. El empresario, por otra parte, deberá informar al agente comercial, dentro de un plazo razonable, de su aceptación, su rechazo o de la no ejecución de una operación comercial que el agente le haya proporcionado.

Art. 5. Las partes no podrán pactar condiciones distintas de las previstas en los artículos 3 y 4.

## CAPÍTULO III REMUNERACIÓN

Art. 6. 1. Si no hubiere acuerdo sobre este punto entre las partes y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones obligatorias de los Estados miembros sobre el nivel de las remuneraciones, el agente comercial tendrá derecho a una remuneración de acuerdo con los usos habituales donde ejerza su actividad y por la representación de las mercancías que sean objeto del contrato de agencia. Si no

Art. 7. Actuación por cuenta de varios empresarios.

Salvo pacto en contrario, el agente puede desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios. En todo caso, necesitará el consentimiento del empresario con quien haya celebrado un contrato de agencia para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competidores con aquellos cuya contratación se hubiera obligado a promover.

Art. 8. Reconocimiento y depósito de los bienes vendidos.

El agente está facultado para exigir en el acto de la entrega el reconocimiento de los bienes vendidos, así como para efectuar el depósito judicial de dichos bienes en el caso de que el tercero rehusara o demorase sin justa causa su recibo.

## SECCIÓN 2.<sup>a</sup> Obligaciones de las partes

Art. 9. Obligaciones del agente.

1. En el ejercicio de su actividad profesional, el agente deberá actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe.

2. En particular, el agente deberá:

a) Ocuparse con la diligencia de un ordenado comerciante de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado.

b) Comunicar al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y, en su caso, conclusión, se le hubiere encomendado, así como, en

existieren tales usos, el agente comercial tendrá derecho a una remuneración razonable que tenga en cuenta todos los elementos que hayan intervenido en la operación.

2. Se considerará como comisión, a efectos de la presente Directiva, cualquier elemento de la remuneración que varíe según el número o el valor de las operaciones.

3. Los artículos 7 a 12 no se aplicarán cuando el agente comercial no sea remunerado, en todo o en parte, mediante comisión.

Art. 7. 1. El agente comercial, tendrá derecho a la comisión por una operación comercial que se haya concluido mientras dure el contrato de agencia:

a) cuando la operación se haya concluido gracias a su intervención; o

b) cuando la operación se haya concluido con un tercero cuya clientela haya obtenido anteriormente para operaciones del mismo tipo.

2. El agente comercial, por una operación que se haya concluido mientras dure el contrato de agencia, tendrá derecho igualmente a la comisión:

- ya sea cuando esté a cargo de un sector geográfico o de un grupo determinado de personas.

- ya sea cuando disfrute del derecho de exclusividad para un sector geográfico o para un grupo determinado de personas.

y siempre que se haya concluido la operación con un cliente que pertenezca a dicho sector o grupo.

particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución.

c) Desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia.

d) Recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros, sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido.

e) Llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.

Art. 10. Obligaciones del empresario.

1. En sus relaciones con el agente, el empresario deberá actuar lealmente y de buena fe.

2. En particular, el empresario deberá:

a) Poner a disposición del agente, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional.

b) Procurar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia y, en particular, advertirle, desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar.

c) Satisfacer la remuneración pactada.

3. Dentro del plazo de quince días, el empresario deberá comunicar al agente la aceptación o el rechazo de la



Los Estados miembros deberán incluir en su ley alguna de las posibilidades mencionadas en los dos guiones precedentes.

Art. 8. El agente comercial, por una operación comercial que se haya concluido después de la terminación del contrato de agencia, devengará la comisión:

a) si la operación se debiere, principalmente; a la actividad que hubiere desarrollado durante la vigencia del contrato de agencia y si la operación se hubiere concluido dentro de un plazo razonable a partir de la terminación de dicho contrato; o

b) si, de acuerdo con las condiciones mencionadas en el artículo 7, el empresario o el agente comercial hubieren recibido el encargo de un tercero antes de la terminación del contrato de agencia.

Art. 9. El agente comercial no tendrá derecho a la comisión mencionada en el artículo 7 si ésta se debiere, en virtud del artículo 8, al agente comercial precedente, a no ser que, debido a las circunstancias, fuere equitativo compartir la comisión entre los agentes comerciales.

Art. 10. 1. Se devengará la comisión en el momento y en la medida en que se presente una de las circunstancias siguientes:

a) el empresario haya ejecutado la operación;

b) el empresario hubiere debido ejecutar la operación en virtud del acuerdo celebrado con el tercero;

c) el tercero hubiere ejecutado la operación.

operación comunicada. Asimismo deberá comunicar al agente, dentro del plazo más breve posible, habida cuenta de la naturaleza de la operación, la ejecución, ejecución parcial o falta de ejecución de ésta.

### SECCIÓN 3.ª

#### Remuneración del agente

##### Art. 11. Sistemas de remuneración.

1. La remuneración del agente consistirá en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de los dos sistemas anteriores. En defecto de pacto, la retribución se fijará de acuerdo con los usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad. Si éstos no existieran, percibirá el agente la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación.

2. Se reputa comisión cualquier elemento de la remuneración que sea variable según el volumen o el valor de los actos u operaciones promovidos, y, en su caso, concluidos por el agente.

3. Cuando el agente sea retribuido total o parcialmente mediante comisión, se observará lo establecido en los artículos siguientes de esta sección.

Art. 12. Comisión por actos u operaciones concluidos durante la vigencia del contrato de agencia.

1. Por los actos y operaciones que se hayan concluido durante la vigencia del contrato de agencia, el agente tendrá derecho a la comisión cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el acto u operación de comercio se hayan concluido como consecuencia de la intervención profesional del agente.

2. Se devengará la comisión a más tardar cuando el tercero haya ejecutado su parte de la operación o debiere haberla ejecutado si el empresario hubiere ejecutado su parte de la operación.

3. La comisión se pagará a más tardar el último día del mes siguiente al trimestre durante el que se haya devengado.

4. No podrán pactarse condiciones distintas a las establecidas en los apartados 2 y 3 en detrimento del agente comercial.

Art. 11. El derecho a la comisión sólo podrá extinguirse si y en la medida en que:

— se demostrase que el contrato entre el tercero y el empresario no será ejecutado; y

— la no ejecución no se debiere a circunstancias atribuibles al empresario.

2. Las comisiones que haya cobrado va el agente comercial deberán ser devueltas si el derecho que dio origen a las mismas se hubiere extinguido.

3. No podrá alterarse mediante pacto la disposición del apartado 1 en detrimento del agente comercial.

Art. 12. 1. El empresario entregará al agente comercial una relación de las comisiones devengadas, a más tardar el último día del mes siguiente al trimestre en el curso del cual se devengaren. Dicha relación mencionará todos los elementos esenciales sobre cuya base se haya calculado el importe de las comisiones.

2. El agente comercial tendrá derecho a exigir que se le pro-

b) Que el acto u operación de comercio se hayan concluido con una persona respecto de la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido con anterioridad un acto u operación de naturaleza análoga.

2. Cuando el agente tuviera la exclusiva para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, tendrá derecho a la comisión, siempre que el acto u operación de comercio se concluyera durante la vigencia del contrato de agencia con persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el acto u operación no hayan sido promovidos ni concluidos por el agente.

Art. 13. Comisión por actos u operaciones concluidos con posterioridad a la extinción del contrato de agencia.

1. Por los actos u operaciones de comercio que se hayan concluido después de la terminación del contrato de agencia, el agente tendrá derecho a la comisión cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el acto u operación se deban principalmente a la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato, siempre que se hubieran concluido dentro de los tres meses siguientes a partir de la extinción de dicho contrato.

b) Que el empresario o el agente hayan recibido el encargo o pedido antes de la extinción del contrato de agencia, siempre que el agente hubiera tenido derecho a percibir la comisión de haberse concluido el acto u operación de comercio durante la vigencia del contrato.

2. El agente no tendrá derecho a la comisión por los actos u operación concluidos durante la vigencia del contrato de agencia, si dicha comisiones correspondiera a un agente anterior, salvo que, en atención a las cir-

porcionen todas las informaciones que se hallen a disposición del empresario, en particular un extracto de los libros de contabilidad, que le sean necesarias para verificar el importe de las comisiones que le correspondan.

3. No podrán alterarse mediante pacto las disposiciones de los apartados 1 y 2 en detrimento del agente comercial.

4. La presente Directiva no interferirá en las disposiciones internas de los Estados miembros que reconozcan al agente comercial el derecho a consultar los libros de contabilidad del empresario.

#### CAPÍTULO IV

##### CELEBRACIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA

Art. 13. 1. Cada parte, previa solicitud, tendrá derecho a obtener de la otra parte un escrito firmado en el que se mencione el contenido del contrato, incluido el de los apéndices ulteriores. Tal derecho será irrenunciable.

2. El apartado 1 no será óbice para que un Estado miembro pueda disponer que un contrato de agencia sólo sea válido si se hace constar por escrito.

Art. 14. Los contratos de duración limitada que sigan siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerarán transformados en contratos de duración ilimitada.

Art. 15. 1. Cuando el contrato se haya celebrado para una du-

rección concurrentes, fuese equitativo distribuir la comisión entre ambos agentes.

#### Art. 14. *Devengo de la comisión.*

La comisión se devengará en el momento en que el empresario hubiera ejecutado o hubiera debido ejecutar el acto u operación de comercio, o éstos hubieran sido ejecutados total o parcialmente, por el tercero.

#### Art. 15. *Derecho de información del agente.*

1. El empresario entregará al agente una relación de las comisiones devengadas por cada acto u operación, el último día del mes siguiente al trimestre natural en que se hubieran devengado, en defecto de pacto que establezca un plazo inferior. En la relación se consignarán los elementos esenciales en base a los que haya sido calculado el importe de las comisiones.

2. El agente tendrá derecho a exigir la exhibición de la contabilidad del empresario en los particulares necesarios para verificar todo lo relativo a las comisiones que le correspondan y en la forma prevenida en el Código de Comercio. Igualmente, tendrá derecho a que se le proporcionen las informaciones de que disponga el empresario y que sean necesarias para verificar su cuantía.

#### Art. 16. *Pago de la comisión.*

La comisión se pagará no más tarde del último día del mes siguiente al trimestre natural en el que se hubiere devengado, salvo que se hubiere pactado pagarla en un plazo inferior.

#### Art. 17. *Pérdida del derecho a la comisión.*

El agente perderá el derecho a la comisión si el empresario prueba

ración ilimitada, cada una de las partes podrá poner fin al mismo mediante preaviso.

2. El plazo del preaviso será de un mes para el primer año del contrato, de dos meses para el segundo año, de tres meses para el tercer año y para los años siguientes. Las partes no podrán pactar plazos de preaviso más cortos.

3. Los Estados miembros podrán fijar el plazo de preaviso en cuatro meses para el cuarto año de contrato, en cinco meses para el quinto año y en seis meses para el sexto año y los años siguientes. Podrán decidir que las partes no puedan acordar plazos de preaviso más cortos.

4. Si las partes pactaren plazos más largos de los previstos en los apartados 2 y 3, el plazo de preaviso que deberá respetar el empresario no deberá ser más corto del que deba observar el agente comercial.

5. Siempre que las partes no hubieran acordado otra cosa, el final del plazo de preaviso deberá coincidir con el final de un mes civil.

6. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán a los contratos de duración limitada transformados, en virtud del artículo 14, en contratos de duración ilimitada, dándose por supuesto que en el cálculo del plazo de preaviso deberá intervenir la duración limitada que precede.

Art. 16. La presente Directiva no podrá interferir la aplicación del derecho de los Estados miembros cuanto éste prevea la

que el acto u operaciones concluidas por intermediación de aquél entre éste y el tercero no han sido ejecutados por circunstancias no imputables al empresario. En tal caso, la comisión que hubiera percibido el agente a cuenta del acto u operación pendiente de ejecución, deberá ser restituida inmediatamente al empresario.

#### Art. 18. *Reembolso de gastos.*

Salvo pacto en contrario, el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional.

#### Art. 19. *Garantía de las operaciones a cargo del agente.*

El pacto por cuya virtud el agente asuma el riesgo y ventura de uno, de varios o de la totalidad de los actos u operaciones promovidos o concluidos por cuenta de un empresario, será nulo si no consta por escrito y con expresión de la comisión a percibir.

#### SECCIÓN 4.ª

##### *Prohibición de competencia*

#### Art. 20. *Limitaciones contractuales de la competencia.*

1. Entre las estipulaciones del contrato de agencia, las partes podrán incluir una restricción o limitación de las actividades profesionales a desarrollar por el agente una vez extinguido dicho contrato.

2. El pacto de limitación de la competencia no podrá tener una duración superior a dos años a contar desde la extinción del contrato de agencia. Si el contrato de agencia se hubiere pactado por un tiempo menor, el pacto de limitación de la competencia no podrá tener una duración superior a un año.

terminación del contrato sin preaviso:

a) debido a un incumplimiento de una de las partes en la ejecución total o parcial de sus obligaciones;

b) cuando intervengan circunstancias excepcionales.

Art. 17. 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias que garanticen al agente comercial, tras la terminación del contrato, una indemnización con arreglo al apartado 2 o la reparación del perjuicio con arreglo al apartado 3.

2. a) El agente comercial tendrá derecho a una indemnización en el supuesto y en la medida en que:

-hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario; y

-el pago de dicha indemnización fuere equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes. Los Estados miembros podrán prever que dichas circunstancias incluyan también la aplicación o la no aplicación de una cláusula de no competencia con arreglo al artículo 20.

b) El importe de la indemnización no podrá exceder de una cifra equivalente a una indemnización anual calculada a partir de la media anual de las remunera-

Art. 21. *Requisitos de validez del pacto de limitación de la competencia.*

El pacto de limitación de la competencia, que deberá formalizarse por escrito para su validez, sólo podrá extenderse a la zona geográfica o a ésta y al grupo de personas confiados al agente y sólo podrá afectar a la clase de bienes o de servicios objeto de los actos u operaciones promovidos o concluidos por el agente.

#### SECCIÓN 5.ª

##### Formalización del contrato

Art. 22. *Derecho a la formalización por escrito.*

Cada una de las partes podrá exigir de la otra, en cualquier momento, la formalización por escrito del contrato de agencia, en el que se harán constar las modificaciones que, en su caso, se hubieran introducido en el mismo.

#### CAPÍTULO III

##### EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Art. 23. *Duración del contrato.*

El contrato de agencia podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido. Si no se hubiera fijado una duración determinada, se entenderá que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido.

Art. 24. *Extinción del contrato por tiempo determinado.*

1. El contrato de agencia convenido por tiempo determinado, se extinguirá por cumplimiento del término pactado.

2. No obstante lo dispuesto en el número anterior, los contratos de agencia por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se consi-

deradas percibidas por el agente comercial durante los últimos cinco años, y si el contrato remontare a menos de cinco años, se calculará la indemnización a partir de la media del periodo.

c) La concesión de esta indemnización no impedirá al agente reclamar por daños y perjuicios.

3. El agente comercial tendrá derecho a la reparación del perjuicio que le ocasione la terminación de sus relaciones con el empresario.

Dicho perjuicio resulta, en particular, de la terminación en unas condiciones:

-que priven al agente comercial de las comisiones de las que hubiera podido beneficiarse con una ejecución normal del contrato a la vez que le hubiese facilitado al empresario unos beneficios sustanciales debidos a la actividad del agente comercial;

-vía que no hayan permitido al agente comercial amortizar los gastos que hubiere realizado para la ejecución del contrato aconsejado por el empresario.

4. El derecho a la indemnización contemplado en el apartado 2 o a la reparación del daño con arreglo al apartado 3 se producirá asimismo cuando la terminación del contrato se realice como consecuencia del fallecimiento del agente comercial.

5. El agente comercial perderá el derecho a la indemnización en los casos contemplados en los apartados 2 y 3 si no hubiere reclamado al empresario, en un plazo de un año desde la terminación del contrato.

derarán transformados en contratos de duración indefinida.

Art. 25. *Extinción del contrato de agencia por tiempo indefinido: el preaviso.*

1. El contrato de agencia de duración indefinida, se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito.

2. El plazo de preaviso será de un mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes.

3. Las partes podrán pactar mayores plazos de preaviso, sin que el plazo para el preaviso del agente pueda ser inferior, en ningún caso, al establecido para el preaviso del empresario.

4. Salvo pacto en contrario el final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes.

5. Para la determinación del plazo de preaviso de los contratos por tiempo determinado que se hubieren transformado por ministerio de la ley en contratos de duración indefinida, se computará la duración que hubiera tenido el contrato por tiempo determinado, añadiendo a la misma el tiempo transcurrido desde que se produjo la transformación en contrato de duración indefinida.

Art. 26. *Excepciones de las reglas anteriores.*

1. Cada una de las partes de un contrato de agencia pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, en los siguientes casos:

a) Cuando la otra parte hubiere incumplido, total o parcialmente las

6. La Comisión presentará al Consejo en un plazo de 8 años a partir de la notificación de la presente Directiva un informe sobre la aplicación del presente artículo y le presentará, en su caso, propuestas de modificaciones.

Art. 18. No habrá lugar a indemnización o a reparación con arreglo al artículo 17:

a) cuando el empresario haya puesto fin al contrato por un incumplimiento imputable al agente comercial que, en virtud de la legislación nacional, justifique la terminación del contrato sin preaviso;

b) cuando el agente comercial haya puesto fin al contrato, a menos que esta terminación estuviere justificada por circunstancias atribuibles al empresario o por la edad, invalidez o enfermedad del agente comercial, circunstancias por las que ya no se pueda exigir razonablemente la continuidad de sus actividades;

c) cuando, en virtud de pacto con el empresario, el agente comercial ceda a un tercero los derechos y obligaciones de que es titular en virtud del contrato de agencia.

Art. 19. Las partes no podrán pactar, antes del vencimiento del contrato, condiciones distintas de las establecidas en los artículos 17 y 18 en perjuicio del agente comercial.

Art. 20. 1. A efectos de la presente Directiva, se denominará cláusula de no competencia todo convenio que prevea una restricción de las actividades profesio-

obligaciones legal o contractualmente establecidas.

b) Cuando la otra parte hubiere sido declarada en estado de quiebra, o cuando haya sido admitida a trámite su solicitud de suspensión de pagos.

2. En tales casos se entenderá que el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción.

Art. 27. Extinción por causa de muerte.

El contrato de agencia se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del agente. No se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del empresario, aunque puedan denunciarse sus sucesores en la empresa con el preaviso que proceda.

Art. 28. Indemnización por clientela.

1. Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitaciones de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran.

2. El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente.

3. La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los

sionales del agente comercial tras la terminación del contrato.

2. Una cláusula de no competencia sólo será válida en el supuesto y en la medida en que:

a) se hubiere establecido por escrito; y

b) estuviere dirigida al sector geográfico o al grupo de personas y al sector geográfico confiados al agente comercial, así como al tipo de mercancías cuya representación corriera a su cargo en virtud del contrato.

3. La cláusula de no competencia sólo será válida para un periodo máximo de dos años después de la terminación del contrato.

4. El presente artículo no afectará a las disposiciones de derecho nacional que impongan otras restricciones a la validez o a la aplicabilidad de las cláusulas de no competencia, o que prevean que los tribunales puedan disminuir las obligaciones de las partes, derivadas de dicho acuerdo.

## CAPÍTULO V

### DISPOSICIONES GENERALES Y FINALES

Art. 21. Ninguna disposición de la presente Directiva podrá obligar a un Estado miembro a prever la divulgación de datos en caso de que dicha divulgación fuera contraria al orden público.

Art. 22. 1. Los Estados miembros pondrán en vigor a más tardar, las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva antes del 1 de enero de 1990. Informarán inmediatamente de ello a la

últimos cinco años o, durante todo el periodo de duración del contrato si éste fuese inferior.

Art. 29. Indemnización de daños y perjuicios.

Sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato.

Art. 30. Supuestos de inexistencia del derecho a la indemnización.

El agente no tendrá derecho a la indemnización por clientela o de daños y perjuicios:

a) Cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente.

b) Cuando el agente hubiese denunciado el contrato, salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente y no pudiera exigirse razonablemente la continuidad de sus actividades.

c) Cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia.

Art. 31. Prescripción.

La acción para reclamar la indemnización por clientela o la indemnización de daños y perjuicios prescribirá

Comisión. Las citadas disposiciones se aplicarán en todo caso a los contratos celebrados desde su entrada en vigor.

Se aplicarán a los contratos en curso a más tardar el 1 de enero de 1994.

2. A partir de la notificación de la presente Directiva, los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de orden legislativo, reglamentario o administrativo que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

3. No obstante, y en lo que respecta a Irlanda y al Reino Unido, la fecha de 1 de enero de 1990 contemplada en el apartado 1 se sustituirá por la del 1 de enero de 1994.

En lo que respecta a Italia, dicha fecha se sustituirá por la del 1 de enero de 1993 en lo referente a las obligaciones resultantes del artículo 17.

Art. 23. Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros.

al año a contar desde la extinción del contrato.

*Disposición adicional.* La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

*Disposición transitoria.* Hasta el día 1 de enero de 1994, los preceptos de la presente Ley no serán de aplicación a los contratos de agencia celebrados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor.

## ANEXO II

### MODELO DE LA C.C.I. DE CONTRATO DE AGENCIA INTERNACIONAL

Se reproduce como Anexo II al Capítulo 2 el modelo que la Cámara de Comercio Internacional ha elaborado del contrato de agencia internacional, al que define en su prefacio como medio más simple y probablemente utilizado con más frecuencia para organizar la distribución de bienes en un país extranjero.

Dada la gran profusión de modelos contractuales ofrecidos tanto por Instituciones como por asesores y autores de publicaciones sobre el tema, se ha optado por reproducir esta versión, con la previa autorización del Comité español de la C.C.I., dado el prestigio internacional de esta y de los integrantes del Grupo de Trabajo que, en el seno de la Comisión de Prácticas Comerciales de la C.C.I., elaboraron este modelo, actualmente muy utilizado a nivel internacional.

Del texto completo, editado por la C.C.I. en varios idiomas como publicación n.º 496, se reproducen en esta obra únicamente las aclaraciones de la propia C.C.I. contenidas a modo de Introducción, y la versión española del modelo de Contrato y sus anexos, transcribiendo las notas a pie de página que constan en dicha publicación n.º 496.

## INTRODUCCIÓN

### 1. Un modelo uniformado para el comercio internacional

En las negociaciones de contratos de representación en el extranjero, una de las mayores dificultades con que se enfrentan las partes implicadas en el comercio internacional es la falta de *normas uniformes* para acuerdos de este tipo. Puesto que no hay una legislación uniforme, acordada a nivel internacional, sobre este tema (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de los contratos de ventas internacionales), las partes deben basarse en las leyes nacionales sobre agencia, las cuales: i) no tienen en cuenta las necesidades específicas del comercio internacional (puesto que han sido promulgadas *in printis* para acuerdos internos), y ii) difieren sustancialmente entre unos países y otros.

Actualmente existe, hasta cierto punto, una tendencia hacia la *armonización de las leyes nacionales*, por lo menos dentro de la CE, en particular en base a la Directiva Comunitaria n.º 86/653, de 18 de diciembre de 1986. Sin embargo, dicha armonización es lenta y cubre sólo ciertos aspectos del contrato: si bien es ciertamente útil para crear una base común para los princi-

1. Concretamente, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980.

2. Además, la directiva ofrece soluciones alternativas y deja a los Estados Miembros la libertad de mantener (o, posiblemente, adoptar en el futuro) disposiciones que detraigan la directiva en favor del agente.

pios básicos de las agencias, es insuficiente para garantizar seguridad legal en las transacciones internacionales.

Bajo estas condiciones, la C.C.I. cree necesaria la existencia de unas *normas contractuales uniformes* que no estén basadas en ninguna legislación nacional específica pero que incorporen la práctica predominante en el comercio internacional y también los principios generalmente reconocidos por las leyes nacionales en materia de agencia.

En la preparación del presente modelo de contrato, el grupo de trabajo ha tratado de encontrar soluciones equilibradas y equitativas a los problemas derivados de una relación de agencia, de acuerdo con los estándares legislativos predominantes (y, en particular, los que indica la Directiva Comunitaria). Sin embargo, dada la imposibilidad de establecer normas uniformes y, al mismo tiempo, respetar cada una de las normas de las diversas legislaciones nacionales (que, además, puede que sean contradictorias), el modelo quizá contiene algunas cláusulas que no se ajustan a las disposiciones imperativas específicas de un sistema legal concreto. No obstante, puesto que este modelo de contrato está en línea con los principios básicos de las legislaciones nacionales en materia de representación, el riesgo de conflicto con disposiciones nacionales de *orden público* (y, en particular, con normas nacionales que serían de aplicación fuese cual fuese la ley aplicable al contrato) debe ser prácticamente inexistente; en cualquier caso, para cubrir situaciones excepcionales de este tipo, queda expresamente establecido que si surge un conflicto con normas de *orden público* del país del agente, las nuevas disposiciones deben ser consideradas en cualquier caso por los árbitros, si su aplicación parece razonable en el contexto del comercio internacional (art. 23.3).

## 2. La ley aplicable

Este contrato modelo se ha basado en el supuesto de que debe regirse no por una legislación nacional específica sino solo por las disposiciones del propio contrato y los principios legales generalmente reconocidos en el comercio internacional como aplicables a los contratos de agencia (también denominados *lex mercatoria*). El propósito de esta solución es asegurar que las normas de este modelo puedan aplicarse de forma uniforme a mandantes y agentes de diferentes países sin la interferencia de las leyes nacionales, que pueden diferir en una serie de aspectos de detalle.

Esta solución, al evitar las particularidades de las leyes nacionales, da a los árbitros una mayor libertad para interpretar el contrato. Especialmente en aquellos casos en que los términos específicos del contrato no se expresan los árbitros aplicarán los usos comerciales y los principios generales del derecho.

Si bien puede aducirse que este método hace menos previsible la decisión de los árbitros, el grupo redactor de este proyecto opina que esta desventaja es contrarrestada con creces por la necesidad de uniformidad. Sin embargo, si las partes desean que su contrato se rija por una legislación nacional específica, pueden recurrir a la alternativa expuesta en el artículo 23.2b. En este

caso, deben comprobar minuciosamente si este modelo se ajusta a todas las disposiciones imperativas de la legislación nacional que hayan escogido.<sup>3</sup>

En cualquier caso, conviene que las partes tengan en cuenta que la validez y/o ejecución de la decisión arbitral puede depender de la aplicación por parte de los árbitros de ciertas disposiciones imperativas de una legislación nacional. Por tanto, tales normas legales imperativas continuarán siendo relevantes.

## 3. Disposiciones sobre indemnización

Existen algunas disposiciones en determinados países que conceden al agente una indemnización si el contrato expira o es rescindido por razones no motivadas por un incumplimiento atribuido al agente. Dicha indemnización puede interpretarse como una compensación por *fondo de comercio* logrado por el agente y que repercute en el mandante una vez finalizado el contrato,<sup>4</sup> o como una *compensación por la pérdida* sufrida por el agente (por ejemplo, las comisiones que habría cobrado si el contrato hubiese durado un periodo más largo, o las inversiones que habría amortizado si el contrato no se hubiese rescindido) como consecuencia de la expiración o rescisión del contrato.<sup>5</sup>

Estas dos soluciones han sido incorporadas (como alternativas) en los artículos 17.2 y 17.3 de la Directiva Comunitaria. En realidad tienen el mismo propósito, eso es, compensar al agente por la pérdida de fondo de comercio cuando el contrato es rescindido sin incumplimiento por su parte: dicha indemnización o compensación la denominaremos de ahora en adelante «indemnización de fondo de comercio».

Por otra parte, existen muchos países en que no se concede al agente ningún derecho a obtener tal indemnización.<sup>6</sup>

En estos casos parece apropiado dar a las partes la oportunidad de decidir si desean o no incluir una disposición sobre indemnización en su contrato. A este fin el artículo 21 ofrece dos alternativas (A y B) para cubrir las diferentes situaciones.

Es muy recomendable escoger la alternativa A siempre que la legislación del país del agente reconozca el derecho a una indemnización; en particular, en los países de la CE, la alternativa B del artículo 21 entraría en conflicto

3. En cualquier caso (incluso si no se ha escogido ninguna legislación nacional), según el artículo 23.3, los árbitros tendrán en cuenta las normas imperativas del país del agente, las cuales serán de aplicación independientemente de la ley aplicable (lo que se denomina «normas de policía»).

4. Esta idea caracteriza, por ejemplo, el Derecho alemán, el suizo y el holandés.

5. Según el sistema francés, véase especialmente el artículo 3 del Decreto de 23 de diciembre de 1985: «L'agent, commercial a droit à la réparation de préjudice que lui cause la cessation de ses relations avec le commettant».

6. Ello, por supuesto, no excluye el derecho del agente a una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la rescisión de un contrato que equivale a una ruptura del contrato por parte del mandante.

con las normas imperativas de la legislación del lugar donde el agente desarrolla su actividad comercial.

Además, en algunos casos en que no exista dicha legislación, puede que sea razonable conceder una indemnización, especialmente si ello se ajusta a la práctica comercial internacional en este negocio y/o área en particular.

En cuanto al sistema de indemnización, el modelo ha incorporado los principios contenidos en el artículo 17.2 de la Directiva Comunitaria, eso es, el sistema «alemán», que parece ser predominante en los países que reconocen la indemnización.

#### 4. Recurso al arbitraje internacional

Dado que el modelo es un conjunto de normas contractuales uniformes, evitando (siempre que sea posible) la aplicación directa de legislaciones nacionales que entren en conflicto, es pertinente que las posibles disputas sean resueltas por un sistema resolutorio uniforme, organizado a nivel internacional.

Desde este punto de vista, la mejor solución parece ser el arbitraje comercial internacional (véase particularmente el art. 23), que permite un enfoque verdaderamente internacional y evita el riesgo de diferenciación que surgiría en caso de recurso a tribunales nacionales.

Puesto que el arbitraje es esencial en la estructura de este modelo, este modelo de contrato de la C.C.I. no debe utilizarse en aquellos casos en que la disputa pueda considerarse no arbitrable (es decir, «capable of settlement by arbitration») según la Convención de Nueva York de 1958. El riesgo antes aludido existe particularmente en aquellas leyes nacionales que equiparan los agentes a empleados, siempre que ello implique una jurisdicción especial para disputas de este tipo.<sup>7</sup> En situaciones como éstas normalmente se recomiendan los contratos con agentes que sean personas jurídicas (véase más adelante, párrafo 5.2).

#### 5. Ámbito de aplicación

Este modelo ha sido elaborado suponiendo que sólo sería de aplicación para contratos de agencia internacionales, con agentes comerciales que trabajen por cuenta propia, actuando para la venta de bienes.

7. Ello significa que el sistema de indemnización de este modelo de contrato no se ajusta estrictamente a las leyes de los países (como Francia) que siguen la solución alternativa expuesta en el artículo 17.3 de la Directiva Comunitaria. Sin embargo, dado que se reconoce la sustancia de los derechos del agente, ello no debe originar problemas particulares.

8. Por ejemplo, para los V.R.P. (Francia) y los *représentants de commerce* (Belgica) o para agentes actuando principalmente con recursos propios (Italia). En todos estos casos la legislación nacional otorga una jurisdicción exclusiva (especializada en disputas legales) que no puede ser excluida por una cláusula de arbitraje.

#### 5.1. Acuerdos internacionales

Es indiscutible que los contratos de agencia internacionales deben registrarse por normas especiales que tengan en cuenta la situación especial que se da en un contrato de agencia entre partes de dos países diferentes.

Puesto que el presente modelo de contrato ha sido concebido especialmente para estas situaciones, no será, en principio, apropiado para contratos domésticos, es decir, contratos entre partes que desarrollan su actividad comercial en un mismo país.

Por tanto, se recomienda a las partes que no utilicen este modelo para contratos domésticos, a menos que verifiquen qué enmiendas cabe hacer para ajustarlo a una situación local.

#### 5.2. Contratos con agentes empleados

En diversos países existen normas especiales que regulan los contratos con agentes calificados como empleados,<sup>8</sup> o más genéricamente, con agentes asimilados al *status* de empleados.<sup>9</sup>

En países de este tipo existe el riesgo de que el agente esté calificado (independientemente de la definición dada en el contrato) como un empleado y que, en consecuencia, se apliquen las normas establecidas para los agentes empleados (lo cual, en muchos casos, puede entrar en conflicto con las disposiciones de este modelo).

Una forma sencilla de evitar tales problemas, particularmente en el contexto de este modelo, puede ser hacer contratos con agentes que sean personas jurídicas (por ejemplo, empresas).<sup>10</sup> Esta solución es muy recomendable cuando el agente está establecido en un país en que la legislación o la jurisprudencia admiten una noción lata de los agentes empleados.

#### 5.3. Agentes compradores

Este modelo está dirigido a agentes que representan a un vendedor de productos, sin tener en cuenta los denominados «agentes compradores» (es decir, agentes que promueven la compra de productos, actuando para el comprador).

9. Por ejemplo, en Francia, respecto a los V.R.P. (*Voyageurs, représentants placiers*), y en Belgica, a los *représentants de commerce*. Las citadas reglas establecen la presunción que el agente es un empleado: así pues, aun cuando el contrato establezca claramente que el agente es independiente, en principio deberá ser considerado como un empleado. En Holanda, la legislación laboral hace referencia incluso a los *Einfirmenverreter*, eso es, agentes que representan solo a un mandante.

10. Por ejemplo, en Italia, las normas procesales especiales (que excluyen el recurso *inter alia* al arbitraje) que rigen los contratos de trabajo también hacen referencia a los contratos de representación, en todos los casos en que el agente no tiene una organización propia importante sino que actúa principalmente con sus propios recursos, personales o familiares.

11. Puesto que normalmente se reconoce que una persona jurídica, por definición, no puede ser considerada como un empleado.

## 5.4. Agentes de «servicios»

Este modelo sólo ha tenido en cuenta el caso más habitual de agentes que venden bienes, sin considerar a los agentes ocupados en la promoción de servicios.

## 5.5. Consignación de las mercancías

Con frecuencia ocurre que el mandante desea nombrar a su agente consignatario de un stock de mercancías (o piezas de recambio) que se hallan en el país de éste. Ello conlleva, sin embargo, un gran número de problemas especiales que deben ser tratados en un contrato separado. Por ello, los problemas de consignación de mercancías no se han considerado en este modelo de contrato.

## 6. Precauciones en el uso del modelo

Cualquier modelo de contrato debe adaptarse, en la medida de lo posible, a las circunstancias de un caso concreto.

Si duda, la mejor solución, en teoría, es redactar un contrato individual, basado en modelos existentes, a fin de tener en cuenta todos los requisitos específicos de las partes.

Sin embargo, las partes a menudo no se hallan en condiciones de elaborar un contrato específico y recurren a un modelo equilibrado ya confeccionado: en este caso requerirán un modelo que pueda ser utilizado tal cual, sin necesidad de introducir modificaciones o adiciones.

Este modelo busca conseguir un equilibrio entre ambas posibilidades.

La C.C.I. ha tratado de lograr una única solución para cada asunto. Sin embargo, cuando ello no ha sido posible (véanse, por ejemplo, los artículos 8 y 18, 21 y 23.2), se han propuesto alternativas.

Estas soluciones alternativas se han presentado una al lado de la otra bajo las letras A y B, con el fin de remarcar que sólo una de ellas puede aplicarse.

Por tanto, antes de firmar el contrato, las partes deben decidir cuál de las soluciones alternativas escogen, y después cancelar la alternativa que no quieren aplicar.

En cualquier caso, el modelo prevé que si las partes no efectúan esta elección mediante la cancelación de una alternativa, se aplicará una de ellas automáticamente, de acuerdo con los artículos 24.1 y 24.2 del modelo.

Hay también una serie de puntos en que las partes deben hacer constar sus requerimientos: definición del territorio y los productos, importe de la comisión, etc.

Todos estos puntos se han incluido en los anexos a este documento, de manera que las partes puedan rellenar y, en su caso, modificar dichos anexos durante la vigencia del contrato sin necesidad de hacer cambios al texto básico del contrato.

Antes de firmar el contrato las partes deberían (y deben en lo concerniente al Anexo VI) rellenar los anexos y suprimir, si cabe, las partes que no necesiten.

Para evitar malentendidos, las partes, al firmar el contrato, deberían marcar sus iniciales en cada página, con el fin de cerciorarse de las enmiendas que han acordado o de las soluciones alternativas que han escogido.

Los Anexos han sido interpretados en todos sus extremos, de forma que (excepto en el caso del Anexo VI respecto a la comisión) incluso en el caso de que las partes no rellenen algunos puntos se puede encontrar una solución dentro del mismo contrato.

## MODELO DE CONTRATO DE AGENCIA INTERNACIONAL

Entre: ..., con domicilio social en: ... (en adelante, «el Mandante»)

y: ..., con domicilio social en: ... (en adelante, «el Agente»)

se conviene lo siguiente:

## Artículo 1. Territorio y productos

1.1. El Mandante nombra al Agente, que a su vez acepta, agente comercial del Mandante para promover la venta de los productos relacionados en el Anexo 1, Párrafo 1 (en adelante, «los Productos») en el territorio definido en el Anexo 1, Párrafo 2 (en adelante, «el Territorio»).

1.2. Si el Mandante decidiera vender cualquier otro producto en el Territorio, deberá informar de ello al Agente para discutir la posibilidad de incluirlo entre los Productos definidos en el Artículo 1.1. No se aplicará, sin embargo, esta obligación de informar al Agente si, ante las características de los nuevos productos y la especialización del Agente, no se considera probable que pueda representarlos (por ejemplo, productos de una gama totalmente distinta).

## Artículo 2. Buena fe y honradez

2.1. En el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, las partes actuarán siempre de buena fe y con total honradez.

2.2. Todas las disposiciones de este contrato, así como las declaraciones que puedan realizar las partes en relación con el, serán interpretadas de buena fe.

## Artículo 3. Funciones del agente

3.1. El Agente se compromete a esforzarse por aumentar las ventas de los Productos en el Territorio de acuerdo con las instrucciones razonables del Mandante y a defender los intereses del Mandante con la diligencia de un hombre de negocios responsable.

3.2. El Agente no solicitará pedidos de fuera del Territorio a no ser que el Mandante le autorice a ello. Cuando el Agente negocie con clientes en el Territorio una operación que suponga contratos de venta con clientes establecidos fuera del Territorio<sup>12</sup> se aplicará el artículo 15.2.

12. Por ejemplo, para mercancías que se venderán a una subsidiaria establecida en país distinto; el agente actúa dentro de su territorio, pero la venta se realiza a un cliente extranjero y, por lo tanto, el agente no tiene derecho a comisión (en caso de ausencia del artículo 15.2).



3.3. Mientras no se estipule lo contrario, el Agente no está facultado para firmar contratos en nombre del Mandante o a comprometer al Mandante frente a terceros<sup>13</sup> de ninguna otra forma. Se limitará a solicitar pedidos de los clientes para el Mandante, quien se reserva la potestad de aceptarlos o rechazarlos (excepto en lo especificado más abajo en el Artículo 4.2.).<sup>14</sup>

3.4. Al negociar con los clientes, el Agente ofrecerá los Productos estrictamente de acuerdo con las cláusulas y condiciones del contrato de venta que el Mandante le haya indicado.<sup>15</sup>

3.5. El Agente no está autorizado a recibir pagos en nombre del Mandante sin su consentimiento previo y por escrito. Cuando el Agente disponga de tal autorización deberá hacerle llegar al Mandante las sumas cobradas lo antes posible, depositándolas mientras tanto por separado a nombre del Mandante.

#### Artículo 4. Aceptación de pedidos por el Mandante

4.1. El Mandante informará al Agente, sin retraso injustificado, de la aceptación o rechazo de los pedidos transmitidos por este último. El Mandante puede aceptar o rechazar a su discreción cualquier pedido individual tramitado por el Agente.

4.2. El Mandante no podrá, sin embargo, rechazar injustificadamente los pedidos tramitados por el Agente. En particular, el rechazo reiterado de pedidos contrario a la buena fe (por ejemplo, a los solos efectos de dificultar la actividad del Agente) se considerará incumplimiento de contrato por parte del Mandante.

13. La otra alternativa, es decir la de facultar al agente para firmar contratos en nombre de la Empresa, no ha sido considerada en este modelo de contrato ya que es muy poco común en el comercio internacional. Pero naturalmente, si las partes tienen motivos especiales para permitir que el agente firme contratos en representación de la empresa, pueden especificarlo en el artículo 3.3.

14. Hay que decir aquí que, en algunos casos, el tercero (cliente) puede confiar en la aparente autoridad del Agente. Esto significa que, especialmente en sistemas legales donde es común que el Agente tenga autorización para actuar en representación de la sociedad, la exclusión de dicha autoridad estipulada en el contrato entre el mandante y su agente (como el artículo 3.3 de este modelo) no obliga necesariamente a un tercero que tenga sus buenas razones para confiar en la aparente autoridad del agente. Por ello, se recomienda que la empresa evite cualquier acción que pueda dar a terceros la impresión de que el agente tiene poderes de representación y que les informe, si fuera necesario, de que el agente no tiene ninguna autoridad para obligar al mandante.

15. Esto es para garantizar que los pedidos de clientes cumplan las cláusulas y condiciones de la Empresa (por ejemplo, precios, plazos de entrega, etc.). Caso contrario (por dar el Agente información incorrecta al cliente potencial) la Empresa se encontrará en una situación embarazosa (al menos desde el punto de vista comercial) si rechaza el pedido.

#### Artículo 5. Compromiso de no competencia

5.1. Sin la previa autorización escrita del Mandante, el Agente no podrá representar, fabricar o distribuir ningún tipo de productos que estén en competencia con los Productos mientras esté vigente el contrato.

5.2. El Agente puede representar, distribuir o fabricar productos que no sean competitivos con los Productos, siempre y cuando informe de ello al Mandante por adelantado. No obstante, no estará obligado a hacerlo si, teniendo en cuenta, a) las características de los productos que desea representar el Agente; y b) el campo de actividad del nuevo Mandante para el que desea trabajar, no es de esperar que ello afecte a los intereses del Mandante.

5.3. El Agente se abstendrá de representar y distribuir productos no competitivos de un fabricante que sea competidor del Mandante, si el Mandante así se lo solicitara, siempre que dicha solicitud sea razonable teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso.<sup>16</sup>

5.4. El Agente declara que en la fecha en que se firma el contrato representa (y/o distribuye o fabrica, directa o indirectamente) los productos relacionados en el Anexo II.

#### Artículo 6. Organización de ventas, Publicidad y Ferias

6.1. El Agente dispondrá de una organización de ventas adecuada y, en su caso, de un servicio post-venta, con los medios y el personal necesarios para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales en todo el Territorio.

6.2. Las partes pueden convenir la realización conjunta de la publicidad en el Territorio. Todos los contenidos publicitarios deberán ser aprobados por el Mandante. El coste de la publicidad que realice el Agente se dividirá proporcionalmente entre las partes según el Anexo III, Párrafo 1.

6.3. Las partes convendrán la participación en ferias o exposiciones dentro del Territorio. Los costes de la participación del Agente en dichas ferias y exposiciones se dividirá proporcionalmente entre las partes según el Anexo III, Párrafo 2.

#### Artículo 7. Objetivos de venta - Objetivo mínimo garantizado

7.1. Las partes pueden convenir anualmente el objetivo de ventas para el año siguiente.

7.2. Las partes se esforzarán al máximo por alcanzar los objetivos convenidos, aunque si no lo logran, no se considerará incumplimiento de contrato a menos que sea debido a negligencia.

16. Por ejemplo, si hubiese razones para temer que la colaboración con una empresa competidora pudiera poner en peligro la confianza entre las partes o la protección de la información confidencial.

17. Hay una diferencia entre un «objetivo de ventas» (7.1, 7.2) y un «objetivo mínimo garantizado» (7.3). El incumplimiento del primero no supone, en principio, el incumplimiento del contrato, mientras que el incumplimiento del segundo puede suponer su rescisión (u otras consecuencias). Si las partes desean llegar a un acuerdo sobre dicho «objetivo mínimo garantizado», deberán cumplimentar el Anexo IV.

7.3. En el Anexo IV, las partes convendrán un Objetivo Mínimo Garantizado y determinarán las consecuencias de su incumplimiento.

#### Artículo 8.<sup>14</sup> Subagentes

A

El Agente podrá contratar a subagentes siempre que informe de ello al Mandante con una antelación mínima de un mes.

El Agente será responsable de la actividad de los subagentes

B

El Agente llevará a cabo sus actividades sin recurrir a subagentes.

#### Artículo 9. Información para el Mandante

9.1. El Agente mantendrá al Mandante puntualmente informado sobre sus actividades, las condiciones del mercado y el estado de la competencia dentro del Territorio y deberá atender cualquier solicitud razonable de información del Mandante.

9.2. El Agente mantendrá al Mandante puntualmente informado sobre a) las leyes y normativas vigentes en el Territorio y que deban cumplir los Productos (por ejemplo, normas sobre importación, etiquetaje, características técnicas, requisitos de seguridad, etc.), y b) sobre las leyes y normativas relativas a su actividad, en la medida en que sean relevantes para el Mandante.

#### Artículo 10. Responsabilidad financiera

10.1. El Agente se encargará de asegurar a su satisfacción, con la debida diligencia, de la solvencia de los clientes cuyos pedidos transmita al Mandante. No pasará pedidos de aquellos clientes de los que se sepa o crea que puedan estar en una situación financiera crítica, sin informar de ello previamente al Mandante.

10.2. El Agente actuará como Agente que vende a crédito por su cuenta sólo cuando y en la medida en que así lo hayan convenido expresamente las partes. A tal fin cumplimentarán y firmarán el Anexo V.

#### Artículo 11. Marcas registradas y símbolos del Mandante

11.1. El Agente utilizará las marcas comerciales, los nombres registrados y otros símbolos del Mandante sólo a los únicos efectos de identificar y resaltar publicidad de los Productos dentro del alcance de su contrato y en interés exclusivo del Mandante.

11.2. Por el presente, el Agente se compromete a no registrar ni solicitar el registro de ningún nombre, marca comercial, o símbolos del Mandante (o de otros tan similares que induzcan a confusión con los del Mandante), en el Territorio o en cualquier otro lugar.

18. Bajo ciertas circunstancias sería aconsejable añadir una cláusula en la que cada parte se comprometiera a no contratar subagentes y/o empleados de la parte contraria.

11.3. El derecho de uso de las marcas comerciales, nombres registrados y símbolos del Mandante, según lo estipulado en el primer párrafo de este artículo, cesará de inmediato para el Agente en el momento de rescisión o resolución de este contrato por cualesquiera motivos.

11.4. El Agente notificará al Mandante cualquier violación que llegue a su conocimiento de las marcas o nombres comerciales u otros símbolos propiedad del Mandante.

#### Artículo 12. Reclamaciones de los clientes

El Agente informará inmediatamente al Mandante de cualquier observación o reclamación de los clientes respecto a los Productos. Ambas partes darán pronta y correcta respuesta a estas reclamaciones. El Agente no tiene autoridad para comprometer de forma alguna al Mandante a no ser que haya recibido de éste una autorización expresa y por escrito a tal efecto.

#### Artículo 13. Exclusividad

13.1. Durante el periodo de vigencia de este contrato, el Mandante no otorgará a ninguna otra persona o empresa el derecho de representar o vender los Productos dentro del Territorio.

13.2. No obstante, el Mandante tendrá derecho a tratar directamente con clientes situados dentro del Territorio, sin la intervención directa del Agente (siempre que informe a éste de dicho trato). El Agente tendrá derecho a percibir las comisiones previstas en este contrato sobre cualquier venta realizada de esta forma.

13.3. El Mandante tendrá derecho a tratar directamente con los clientes especiales relacionados en el Anexo VI, Párrafo 2. Respecto a las ventas efectuadas a estos clientes, el Agente tendrá derecho a una comisión reducida según el Anexo VI, Párrafo 2. El párrafo 13.3 no será aplicable si el Párrafo 2 del Anexo VI (Clientes especiales/Comisión reducida) no ha sido cumplimentado.

#### Artículo 14. Información para el Agente

14.1. El Mandante proporcionará al Agente toda la información escrita necesaria relacionada con los Productos (como lista de precios, catálogos, etc.) así como la información necesaria para que el Agente pueda cumplir con las obligaciones dimanantes de este contrato.

14.2. Informará asimismo al Agente, sin demora injustificada, de la aceptación, el rechazo y/o la no ejecución de cualquier operación negociada por el Agente.

14.3. El Mandante mantendrá al Agente informado de cualquier contacto importante mantenido con los clientes en el Territorio.

14.4. Si el Mandante calcula que su capacidad de suministro pueda ser considerablemente inferior a la que el Agente pueda esperar, informará de ello al Agente dentro de un plazo razonable.

#### Artículo 15. Comisión del Agente

15.1. El Agente tendrá derecho a la comisión prevista en el Anexo VI, Párrafo 1, sobre todas las ventas de Productos realizadas durante el pe-

riedo de vigencia de este contrato a los clientes establecidos en el Territorio.

15.2. Si en sus tratos con los clientes establecidos en la Zona, el Agente solicita pedidos que resulten en contratos de venta con clientes establecidos fuera de la Zona y el Mandante los acepta, el Agente tendrá derecho a percibir una comisión reducida, cuya cuantía se decidirá caso por caso. De forma similar, la comisión del Agente se reducirá cuando otro agente pase pedidos de clientes establecidos fuera del Territorio, que resulten en contratos de venta a clientes establecidos dentro del Territorio.

15.3. El Mandante y el Agente podrán convenir por adelantado una comisión reducida para el caso en que a un cliente se le concedan condiciones más favorables que las usuales. Si las partes han cumplimentado el párrafo 3 del Anexo VI, se aplicarán las cifras previstas para cada situación.

#### Artículo 16. Método de cálculo de la comisión y pago de la misma

16.1. La comisión se calculará sobre el importe neto de las facturas, es decir, sobre el precio efectivo de venta (deducido cualquier descuento que no sea el descuento por pronto pago) sin gastos adicionales (como empaquetado, transporte, seguro) y libre de cualquier tasa o impuesto (IVA incluido), siempre que dichos gastos adicionales, impuestos y tasas se detallen por separado en la factura.

16.2. El Agente adquirirá el derecho a comisión tras el pago completo del importe facturado por parte de los clientes. En caso de pagos parciales efectuados en cumplimiento del contrato de venta, el Agente tendrá derecho a cobrar la parte proporcional de su comisión por adelantado. En caso de que el Mandante esté asegurado contra el riesgo de impagos de sus clientes, las partes podrán convenir el pago de una comisión sobre los importes obtenidos por el Mandante de la compañía aseguradora, cumplimentando debidamente el Anexo VI, Párrafo 4.1.

16.3. El Mandante proporcionará al Agente informes trimestrales sobre las comisiones debidas, donde consten todas las ventas sobre las cuales tiene derecho a comisión. Las comisiones se pagarán por todo el último día del mes siguiente al trimestre en cuestión.

16.4. El Agente tendrá acceso a toda la información, y en particular a extractos de los libros del Mandante, para comprobar el importe de la comisión que se le adeuda. El Mandante permitirá que un auditor independiente nombrado por el Agente a tal efecto inspeccione los libros del Mandante para verificar los datos relevantes para el cálculo de la comisión del Agente. Los costes de dicha inspección correrán a cargo del Agente.

16.5. Si el Mandante necesitase algún permiso gubernamental (por ejemplo, debido al control de cambio de divisas en el país del Mandante) para transferir al extranjero las comisiones (o de otras cantidades que el Agente tuviese derecho a percibir), el pago de tales cantidades se realizará tras haber recibido la correspondiente autorización. El Mandante realizará las gestiones oportunas para obtener dichas autorizaciones.

16.6. A no ser que se estipule lo contrario, la comisión se calculará en la moneda del contrato de ventas respecto al cual se pague la comisión.

16.7. Cualquier impuesto que deba pagarse en el Territorio sobre las comisiones percibidas por el Agente correrá a cargo de este último.

#### Artículo 17. Operaciones no concluidas

17.1. No se pagará comisión alguna respecto a las ofertas o los pedidos tramitados por el Agente que no hayan sido aceptados por el Mandante.

17.2. Si un contrato obtenido por el Mandante como resultado de pedidos tramitados por el Agente no llega a realizarse posteriormente, el Agente tendrá derecho a comisión siempre y cuando el motivo de que no se realice sea imputable al Mandante.

#### Artículo 18. Duración del Contrato

A

18.1. El presente contrato se establece por periodo indefinido y entrará en vigor el ...

18.2. El contrato podrá ser resuelto por cualquiera de las partes mediante notificación por escrito que garantice confirmación de recepción con fecha (carta certificada con acuse de recibo, mensajería especial, telex) con una antelación no inferior a cuatro meses. Si el contrato ha durado más de cinco años, el plazo de notificación previa será de seis meses. El final del plazo de notificación coincidirá con el final de un mes natural. Las partes pueden convenir por escrito plazos de preaviso mayores.

B

18.1. El presente contrato entra en vigor el día: ... y terminará el día: ...

18.2. El contrato se renovará automáticamente por periodos sucesivos de un año, a no ser que alguna de las partes lo resuelva mediante notificación por escrito que garantice confirmación de recepción con fecha (carta certificada con acuse de recibo, mensajería especial, telex) con una antelación no inferior a cuatro meses. Si el contrato ha durado más de cinco años, el plazo de notificación previa será de seis meses. Las partes pueden convenir por escrito plazos de preaviso mayores.

#### Artículo 19. Operaciones no finalizadas

19.1. Los pedidos tramitados por el Agente o recibidos por el Mandante de clientes establecidos en la Zona antes de la resolución o rescisión de este contrato y que concluyan en un contrato de venta en un periodo no superior a seis meses tras la resolución del presente contrato, darán derecho al Agente a percibir la correspondiente comisión.

19.2. No se pagará comisión alguna al Agente por ventas realizadas a partir de pedidos recibidos tras la resolución o rescisión de este contrato, a no ser que la transacción sea principalmente atribuible a los esfuerzos del Agente durante el periodo cubierto por el contrato de representación y si la venta se concluyó dentro de un periodo razonable tras la resolución o rescisión del presente contrato. El Agente, antes del término o rescisión del contrato, deberá informar al Mandante por escrito, sobre todas las negociaciones pendientes que puedan dar derecho a comisión según este apartado.

**Artículo 20. Resolución anticipada**

20.1. Cualquiera de las partes podrá resolver este contrato con efectos inmediatos mediante notificación por escrito que garantice confirmación de recepción con fecha (carta certificada con acuse de recibo, mensajería especial, télex), en caso de incumplimiento grave por la otra parte de sus obligaciones contractuales o en caso de circunstancias excepcionales que justifiquen una resolución anticipada.

20.2. Cualquier incumplimiento de una parte de todas o algunas de sus obligaciones contractuales que resulte en detrimento de la otra parte, o que le suponga una pérdida considerable de lo que esperaba obtener de este contrato, se considerará incumplimiento de contrato grave a los efectos del artículo 20.1. Las circunstancias en las que no sería razonable requerir a la parte que resuelve el contrato que continúe ligada a él se considerarán circunstancias excepcionales a los efectos del artículo 20.1.

20.3. Las partes contratantes convienen que el incumplimiento de lo dispuesto en ...<sup>19</sup> de este contrato se considerará en principio, mientras no se demuestre lo contrario, como incumplimiento de contrato grave. Asimismo, cualquier incumplimiento de las obligaciones contractuales se considerará grave si se repite a pesar de haber recibido el requerimiento de la otra para cumplir dichas obligaciones.

20.4. Las partes acuerdan, además, que las siguientes situaciones se consideren circunstancias excepcionales que justifican la rescisión por la otra parte: quiebra, moratoria, administración judicial, liquidación o cualquier convenio de pago entre el deudor y los acreedores, o cualesquiera circunstancias que previsiblemente afecten sustancialmente la capacidad de la otra parte de cumplir con sus obligaciones contractuales.

20.5. Si las partes han cumplimentado el Anexo VII, el Mandante también podrá resolver el contrato con efecto inmediato en caso de cambio de control, de propiedad o de dirección de la empresa agente según lo previsto en el Anexo VII.

20.b. Si una de las partes rescinde el contrato de conformidad con este artículo, pero los árbitros deciden que las razones expuestas no justifican la rescisión, esta será efectiva, pero la otra parte tendrá derecho a daños y perjuicios por la rescisión injustificada. Tal indemnización será igual a la comisión promedio del periodo que el contrato hubiera durado de no haber sido rescindido antes de su término a menos que la parte perjudicada demuestre que el perjuicio real es mayor (o al contrario, si la parte que ha rescindido el contrato demuestra que el perjuicio real es inferior). La indemnización anterior se suma a la debida según el artículo 21.

19. Las partes pueden hacer referencia a aquellos artículos cuyo incumplimiento sea de especial importancia. Puede ser el caso del artículo 5 (no competencia), 7.3 (objetivo mínimo garantizado si hay), 11.2 (registro no autorizado de marcas de la Empresa por parte del Agente), 13.1 (concesión de exclusividad de la Empresa) y 15.1 (pago de comisiones al Agente). Se recomienda que el uso de este artículo se limite solo a las situaciones más esenciales.

**Artículo 21. Indemnización en caso de rescisión****A**

21.1. El Agente tendrá derecho a una indemnización (indemnización de fondo de comercio) en la medida en que:

a) haya aportado clientes al Mandante o haya aumentado significativamente el volumen de negocio con clientes existentes y el Mandante continúe recabando beneficios sustanciales del trato con tales clientes y

b) el pago de esta indemnización sea justo teniendo en cuenta todas las circunstancias y, en particular, la comisión que el Agente pierde sobre las operaciones realizadas con tales clientes.

21.2. El importe de la indemnización no será superior al importe de una indemnización por un año calculada a partir de la remuneración anual promedio del agente en los cinco años anteriores y, si el contrato duro más de cinco años, calculada sobre el promedio de este periodo.

21.3. El Agente perderá el derecho a la indemnización si no la reclama por escrito dentro del año siguiente a la resolución del contrato.

21.4. El Agente no tendrá derecho a indemnización en los casos siguientes:

a) cuando el Mandante, haya rescindido el contrato en las condiciones establecidas en el artículo 20;

**B<sup>20</sup>**

21.1. En caso de rescisión del contrato el Agente no tendrá derecho a indemnización por fondo de comercio o compensación similar.<sup>21</sup> Esta disposición no excluye el derecho del Agente a reclamar daños y perjuicios por incumplimiento del contrato siempre y cuando la rescisión por parte del Mandante suponga tal incumplimiento y no esté prevista en el artículo 20.a.

20. En algunos países como los de la CE que han adoptado la directiva de la CE y otros países con normas obligatorias similares, la alternativa B sería ilegal.

21. Esta amplia definición cubre cualquier compensación que se pague en caso de resolución del contrato por cualquier motivo que no sea incumplimiento de contrato por el Mandante, incluyendo pagos que no se llamen «indemnización» o «indemnización por fondo de comercio»; véase el párrafo 3.2 de la introducción.

b) cuando el Agente haya resuelto anticipadamente el contrato, a menos que tal resolución esté justificada en las condiciones establecidas en el artículo 20 o por motivos de edad, enfermedad o incapacidad a consecuencia de los cuales no se le pueda exigir razonablemente que continúe sus actividades;

c) cuando, de conformidad con el artículo 26.2, el Agente ceda a otra persona sus derechos y deberes establecidos en este contrato.

21.5. La indemnización de fondo de comercio prevista en este artículo sustituye a cualquier indemnización por pérdidas o daños derivados de la resolución o rescisión del contrato (exceptuando daños por incumplimiento de contrato).

#### *Art. 22. Devolución de documentos y muestras*

Al finalizar este contrato el Agente devolverá al Mandante todo el material publicitario y otros documentos y muestras que le hayan sido suministrados por el Mandante y estén en su poder.

#### *Art. 23. Arbitraje. Ley aplicable*

23.1. Cualquier divergencia derivada o relacionada con el presente contrato se resolverá definitivamente de acuerdo con las Normas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros designados de acuerdo con dichas Normas.

#### **A**

23.2. Los árbitros aplicarán lo dispuesto en este contrato y los principios legales generalmente reconocidos en comercio internacional como aplicables a los contratos de agencia internacional, con exclusión -sujeto a lo establecido en

#### **B**

23.2. Este contrato estará regido por las leyes de... (nombre del país cuya ley se aplicará).

22. Este modelo de contrato ha sido elaborado sobre la base de que no será regido por ninguna legislación nacional concreta (como establece la alternativa A del artículo 23.2). Sin embargo si las partes desean someter este acuerdo a una legislación nacional deben comprobar antes si las cláusulas de este modelo se ajustan a las disposiciones obligatorias de la legislación escogida.

el artículo 23.3 siguiente- de las leyes nacionales. Si el Agente está establecido dentro de la CEE, se aplicarán las disposiciones obligatorias de la Directiva comunitaria de 18 de diciembre de 1986

23.3. Los árbitros, en cualquier caso, considerarán las disposiciones legales obligatorias en el país donde está establecido el Agente que sean aplicables incluso si las partes someten el acuerdo a una legislación extranjera. Los árbitros pueden tener en cuenta tales disposiciones en la medida en que reflejen principios universalmente reconocidos y siempre y cuando su aplicación parezca razonable en el contexto del comercio internacional y/o parezca ser relevante para la ejecución de la decisión arbitral.

#### *Art. 24. Inclusión automática en el presente contrato*

24.1. Si las partes no han elegido una de las alternativas propuestas en los artículos 3, 18 y 23.2 con letras A y B, tachando una de las dos, y siempre y cuando no hayan elegido expresamente otro sistema, se considerará aplicable la alternativa A.

24.2. Si las partes no han elegido entre las alternativas propuestas en el artículo 21 (indemnización de fondo de comercio en caso de rescisión) con las letras A y B tachando una de las dos, y siempre y cuando no hayan elegido alguna expresamente por otro medio, se considerará aplicable la alternativa A, si el Agente está establecido en un país donde se reconozca una rescisión del contrato y la alternativa B en caso contrario.

24.3. Los anexos a este contrato forman parte integrante del mismo. Los anexos o partes de anexo que no hayan sido cumplimentados serán efectivos solo en la medida y en las condiciones establecidas en el presente contrato.

#### *Art. 25. Acuerdos anteriores. Modificación. Nulidad.*

25.1. Este contrato invalida cualquier otro acuerdo anterior entre las partes sobre este asunto.

25.2. No serán válidos ningún añadido o modificación, a menos que sean por escrito, en la medida en que cada una de las partes con sus respectivas actuaciones así lo hubiere reconocido.

25.3. La nulidad de una cláusula en particular no supone la nulidad de todo el contrato a menos que dicha cláusula se considere esencial, por ejemplo, si la cláusula es de tal importancia que las partes (o la parte en cuyo beneficio se ha incluido dicha cláusula) no habrían suscrito el contrato si hubiesen sabido que tal cláusula no era válida.

#### *Art. 26. Prohibición de cesión*

26.1. El presente contrato no puede ser cedido sin el acuerdo previo de ambas partes por escrito.

26.2. Si se aplica el artículo 21 A, y si ha habido cesión por parte del Agente con el consentimiento del Mandante, según el artículo 21.4.c), la

indemnización por fondo de comercio del nuevo agente se calculará teniendo también en cuenta la actividad del antiguo Agente, según lo dispuesto en el artículo 21. Se acuerda expresamente que no se tendrá en cuenta la cantidad que hubiere pagado el nuevo agente al anterior para calcular la indemnización.<sup>23</sup>

*Art. 27. Texto auténtico*

El texto en español de este contrato es el único texto auténtico.<sup>24</sup>

En ..., a ...

El Mandante ... El Agente ...

23. El propósito de esta frase es dejar claro que el precio que haya pagado el nuevo agente al antiguo (precio que puede estar influenciado por circunstancias ajenas al Contrato de representación) no se tomará como base para calcular la indemnización.

24. Si el contrato está escrito en otro idioma, deberá, como es lógico, modificarse esta cláusula indicando el idioma del contrato.

**ANEXO I**  
**PRODUCTOS Y TERRITORIO (Art. 1.1)**

**§ 1. Productos**

[...]

Si este párrafo 1 del Anexo I no ha sido rellenado, todos los productos que el Mandante produzca y/o comercialice en el momento presente o en el futuro, se considerarán como «productos» para los propósitos de este contrato.<sup>25</sup>

**§ 2. Territorio**

[...]

Si este párrafo 2 del Anexo I no ha sido rellenado, todo el territorio del país en el que el Agente tiene su lugar de negocio se considerará como el «Territorio» para los propósitos de este contrato.

25. Si las partes optan por esta solución (incluyendo cualquier producto futuro en el contrato), pueden surgir problemas en caso de conflicto entre productos nuevos del fabricante y productos de otro fabricante ya representados por el Agente. Si dichos problemas son previsibles, las partes deberían definir reglas adecuadas para solucionar el conflicto.

**ANEXO II**  
**PRODUCTOS Y MANDANTES REPRESENTADOS POR EL AGENTE**  
 (Art. 5.4)

Este Anexo es aplicable sólo en el caso que haya sido rellenado por las partes.

El Agente declara por la presente que representa (y/o distribuye o fabrica) los siguientes productos, directa o indirectamente, en la fecha en que se concluye el presente contrato:

Mandante  
 [...]

Productos  
 [...]

**ANEXO III**  
**PUBLICIDAD, FERIAS Y EXPOSICIONES**

**§ 1. Publicidad (Artículo 6.2)**

Salvo acuerdo escrito en otro sentido, los gastos de la publicidad acordada se repartirán entre las partes como sigue:

Mandante: ... %

Agente: ... %

Si los espacios dejados en blanco sobre estas líneas no han sido rellenos por las partes, cada parte soportará los gastos de publicidad que haya encargado.

**§ 2. Ferias y Exhibiciones (Artículo 6.3)**

Salvo acuerdo escrito en otro sentido, los gastos de la participación en ferias y exposiciones en el Territorio se repartirán entre las partes como sigue:

Mandante: ... %

Agente: ... %

Si los espacios dejados en blanco sobre estas líneas no han sido rellenos por las partes, cada parte soportará los gastos de participación en las ferias y exposiciones en las que haya participado.

#### ANEXO IV OBJETIVO MÍNIMO GARANTIZADO (Art. 7.3)

Este Anexo IV es aplicable sólo si las partes han determinado el objetivo mínimo rellenando uno de los espacios que a continuación se ofrecen.

El Agente se compromete, a lo largo de cada año, a tramitar pedidos por no menos de:

- ☐ ... (cantidad de dinero)<sup>26</sup>
- ☐ ... (cantidad de productos)
- ☐ ... % del objetivo convenido de acuerdo con el artículo 7.1.

Si al final del año el Objetivo Mínimo Garantizado arriba indicado no se alcanzara, por razones diferentes de aquellas por las que se puede responsabilizar al Mandante, y a condición de que se dé un aviso con un mes de antelación, el Mandante tendrá derecho, a su elección, a terminar este contrato, o a cancelar la exclusividad del Agente, o a reducir la extensión del Territorio. Ello no obstante, este derecho debe ser ejercido por escrito no más tarde de los dos meses siguientes al fin del año en que el Objetivo Mínimo Garantizado no se haya alcanzado.

A menos que las partes acuerden aquí otras cifras, el Objetivo Mínimo Garantizado será asimismo aplicable a cada año de duración (incluso en caso de renovación) de este acuerdo.

26. Si se opta por esta alternativa, se debería vigilar que la suma acordada no sea automáticamente reducida (de año en año) como consecuencia de la inflación; por ejemplo, previniendo un incremento anual.

#### ANEXO V DEL CREDERE/RESPONSABILIDAD DEL BUEN FIN<sup>27</sup> (Art. 10.2)

Este Anexo V es aplicable sólo en la medida en que haya sido rellenado y en el caso que haya sido firmado por las partes.

Una obligación de responder del buen fin de la operación («del credere») significa que el Agente se compromete a reembolsar al Mandante la cantidad total o parcial (de acuerdo con las soluciones alternativas del párrafo § 2 que se incluye a continuación) de las sumas impagadas que el mandante esté legitimado a recibir de los clientes y que no hayan sido pagadas por razones de las que no sea responsable el Mandante. La obligación de responder del buen fin no cubre los gastos en los que haya incurrido el Mandante para recuperar sus créditos.

1. El Agente será responsable de:
    - 1.A ☐ cualquier operación que el haya tramitado
    - 1.B ☐ sólo de aquellas operaciones o clientes expresamente acordados caso por caso.
  2. La responsabilidad del Agente consistirá en:
    - 2.A ☐ ilimitada
    - 2.B ☐ limitada al ... % de las sumas no recuperadas<sup>28</sup>
    - 2.C ☐ limitada a ... veces la comisión acordada.
  3. El agente tendrá derecho a una comisión extra del ... % en cualquier operación en la que haya garantizado el buen fin.
  4. No hay ninguna responsabilidad por obligación de garantizar el buen fin si la pérdida es debida a causas por las que el Mandante sea claramente responsable.
  5. El Agente no tiene ningún derecho a comisión, según el artículo 10.2. Sin embargo la obligación de garantizar el buen fin no superará en ningún caso la cantidad total debida por el cliente menos la comisión del Agente.
- El Mandante ... El Agente ...

27. Al escoger una opción, las partes deberían prestar atención a las reglas de base legal del país donde el agente está establecido. En algunos sistemas legales (por ejemplo Gran Bretaña) no hay limitaciones; en otros (por ejemplo Alemania) la obligación de responder del buen fin debe ser limitada a negocios o clientes concretos y una comisión especial deberá ser abonada; en otros países (por ejemplo Italia) la responsabilidad del buen fin puede ser incluida en cualquier negocio, y sin una comisión especial, pero sólo por un porcentaje de la pérdida.

28. Las opciones 2.B y 2.C pueden ser usadas juntas; por ejemplo no más del 15 % de las sumas no recuperadas y no más de tres veces la comisión acordada.



## ANEXO VI COMISIONES

### § 1. Cantidad de la comisión (Artículo 15.1)

#### 1.1. Comisión simple

La cuantía de la comisión es del ... %

1.2. Diferentes valores de la comisión según el valor de los contratos de ventas.

Si este subpárrafo 1.2 es rellenado, se aplicará en lugar del párrafo 1.1.

Contratos de ventas hasta ... %

Contratos de ventas desde ... hasta ... %

Contratos de ventas desde ... hasta ... %

Contratos de ventas por encima de ... %

### § 2. Clientes especiales / Comisión reducida (Artículo 13.3)

En todas las ventas a los siguientes clientes, el Agente tiene derecho a la siguiente comisión reducida:

... .. %

... .. %

... .. %

... .. %

... .. %

... .. %

### § 3. Márgenes de negociación y descuentos (Artículo 15.3)

#### 3.1. Márgenes de negociación

El Agente tiene un margen de negociación del ... % sobre los precios fijados en la vigente lista de precios. Por lo tanto, el Agente puede proponer a los clientes cualquier descuento dentro de esos márgenes sin reducción de su porcentaje de comisión.

#### 3.2. Descuento autorizado

El Agente está autorizado a proponer a los clientes los siguientes descuentos, los cuales suponen una reducción en su comisión de acuerdo con el siguiente esquema:

Margen de negociación ... % comisión completa

descuento de ... % comisión ... %

descuento de ... % comisión ... %

29. Si el contrato dura más de un año, las partes deberían acordar si desean considerar el acuerdo para el año siguiente como un acuerdo separado. Las partes también deberán definir claramente los criterios para considerar a un grupo de suministros (máquinas y equipos para un mismo proyecto) como un único contrato de venta o diferentes contratos.

descuento de ... % comisión ... %

descuento de ... % comisión ... %

#### 3.3. Descuentos a acordar

El agente se compromete a no proponer a los clientes descuento superior al máximo descuento previsto en el anterior esquema del párrafo § 3.2, sin la previa autorización escrita del Mandante.

### § 4. Comisión en créditos asegurados (Artículo 16.2)

Si el Mandante está asegurado contra la insolvencia de sus clientes, y es pagado por el asegurador (en lugar de recibir el precio del cliente), el Agente tiene derecho a:

☐ a media comisión sobre las sumas pagadas por el asegurador

☐ a la comisión completa sobre las sumas pagadas por el asegurador, después de haber deducido los costes o gastos soportados por el Mandante en relación con el impago.

**ANEXO VII**  
**CAMBIO DE CONTROL DE PROPIEDAD Y/O DIRECCIÓN (Art. 20.5)**

El Mandante puede resolver el contrato con efecto inmediato si:  
 el Sr. ... deja de ostentar la propiedad de más de ... % de las acciones de la compañía-Agente.

el Sr. ... deja de ser el ... " de la compañía-Agente.

A la vez, si la alternativa A del artículo 21 es de aplicación, la compañía-Agente puede resolver este contrato en base a la edad, enfermedad o incapacidad del Sr. ... de acuerdo con el artículo 21.4.A, b) sin perder el derecho a una indemnización de fondo de comercio previsto por dicha disposición.

30. Especificarse aquí la posición que ostenta la persona cualificada en la compañía-Agente, por ejemplo, director, gerente general, presidente del Consejo, según corresponda. Esta cláusula puede ser peligrosa para la compañía-Agente, particularmente si la persona cualificada no es el propietario sino solo un empleado.

**3**

**CONTRATO DE  
DISTRIBUCIÓN O CONCESIÓN**

**1. Concepto**

El contrato de distribución, también denominado de concesión, en especial en algunos sectores, como el del automóvil, carece de una legislación uniforme a nivel internacional de la que poder partir para analizar su concepto y características, como se hizo con el contrato de agencia en el Capítulo anterior, sin que tampoco las legislaciones internas aporten suficiente claridad conceptual, ya que éstas, salvo pocas excepciones, incluso a nivel de países de la Unión Europea, omiten toda referencia al mismo,<sup>70</sup> del que, a diferencia del contrato

70. De los países miembros de la Unión Europea tan solo Bélgica posee una normativa específica para los contratos de distribución, la Ley de 27 de julio de 1961, modificada por Ley de 13 de abril de 1971, cuyo artículo 1.º considera concesión de venta, a los efectos de la misma, «todo convenio en virtud del cual un concedente reserva a uno o más concesionarios el derecho de vender en su propio nombre y por su propia cuenta los productos que él fabrica o distribuye».

Francia sólo contempla algunos aspectos, como la exclusiva, en la Ley de 14 de octubre de 1943, e Italia aplica las reglas del artículo 1.569 del Código Civil sobre contrato de suministro, siendo en el resto de países europeos la doctrina y la Jurisprudencia quienes han elaborado el concepto y características de este contrato, labor que en España ha desarrollado el Tribunal Supremo en una abundante Jurisprudencia, de la que merece destacar la Sentencia de 31 de diciembre de 1970 que lo define como «modalidad contractual nueva, atípica, aunque de frecuente concierto en la práctica, en virtud de la cual, en nombre propio se promueve la introducción en el mercado de un determinado producto mediante un sistema de reventas o cesiones en uso», calificándolo en posterior Sentencia de 21 de abril de 1979 como «negocio atípico de naturaleza mixta compuesto por elementos del suministro con exclusividad de reventa y del contrato de agencia».

de agencia, no existen normas comunitarias de armonización como la comentada Directiva 86/653 relativa a agentes comerciales.

Pese a esa orfandad normativa, no cabe duda de que el contrato de distribución es, junto con el contrato de agencia comercial, el mecanismo más utilizado para la introducción de productos en mercados extranjeros, mediante el cual el fabricante o suministrador de aquellos establece un vínculo de colaboración estable y duradero con otra empresa comercial por el que esta última se compromete, por tiempo determinado o indefinido, a adquirir en firme dichos productos al objeto de llevar a cabo su venta posterior en una zona o área geográfica, bien en exclusiva, bien en concurrencia con otros distribuidores, asumiendo en todo caso el riesgo y ventura de dichas operaciones.

La importancia de estos contratos en el comercio internacional y la frecuente incorporación a los mismos de pactos de exclusividad, a los que más adelante nos referiremos, obligó a la Comunidad Europea a pronunciarse sobre las condiciones que debían cumplir dichos contratos para no vulnerar las reglas de la competencia contenidas en el artículo 85 del Tratado de Roma, constitutivo de dicha Comunidad.

Los Reglamentos dictados al efecto y, como tales, normas directamente aplicables, son las únicas disposiciones supranacionales de las que poder extraer una definición conceptual de estos contratos que sirva de pauta para analizar en apartados sucesivos las características y aspectos esenciales de los mismos.

Así, el Reglamento 1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, que luego será comentado con más amplitud, establece en su preámbulo que los contratos 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; estimulan asimismo la competencia entre productos de diferentes fabricantes; y, para el fabricante que designa a un concesionario exclusivo que se encargue de la promoción de la venta, del servicio a la clientela y del almacenamiento, constituye el medio a menudo más eficaz, incluso a veces el único, de penetrar en un mercado y de afrontar la competencia de otros fabricantes.

Fuera de nuestro entorno, existen referencias legislativas sobre distribuidores en Arabia Saudita, Jordania, Kuwait, Yemen, que reservan dicha actividad a sus propios nacionales con obligación de inscribirse en un registro. Líbano, Guatemala, República Dominicana y Panamá.

Sin duda es en el Reglamento 1475/95 de 28 de junio de 1995 donde se contiene la definición más precisa de un contrato de distribución, si bien referida a contratos que incorporan un pacto de exclusividad dentro del sector de vehículos automóviles, pero perfectamente trasladable a cualquier otro sector o producto.

Dice el apartado 1 de su preámbulo: «Se trata de acuerdos de duración determinada o indeterminada mediante los cuales el contratante proveedor encarga al contratante revendedor la tarea de promover en un territorio determinado la distribución y el servicio de venta y postventa de determinados productos, mediante los cuales el proveedor se compromete con el distribuidor a no suministrar dentro del territorio convenido los productos contractuales, para su reventa, más que al distribuidor o, en su defecto, a un número limitado de empresas de la red de distribución».

## 2. Características y diferencias con el contrato de agencia

De lo expuesto en el apartado anterior, se pueden esbozar las características que delimitan la figura del distribuidor o concesionario, así como las diferencias con el agente comercial, analizado en el capítulo anterior.

### 2.1. Autonomía y actuación por cuenta propia

Al igual que el agente, el distribuidor es un intermediario independiente respecto al suministrador con el que concierta un acuerdo para revender sus productos, pero a diferencia de aquel, no realiza una mera función auxiliar por cuenta ajena, sino que es quien compra en firme los productos al suministrador, encargándose luego de su reventa en la zona que tenga asignada, actuando siempre por cuenta propia y con total autonomía a la hora de fijar sus actividades promocionales y condiciones de venta.<sup>71</sup>

71. Esta autonomía o independencia tiene sus fisuras cuando el distribuidor no es una empresa ajena al suministrador sino una sucursal o filial del mismo, de forma que las relaciones entre ambas vienen presididas por las imposiciones de la matriz a la hora de fijar las condiciones de venta. En tal sentido se pronunció la Unión Europea en la Decisión Kodak de 30 de junio de 1970 (D.O.C.E. L147 de 7 de julio de 1970), no considerando las relaciones entre matriz y filiales como «acuerdos entre empresas» a efectos del Derecho de la competencia.

De ahí que en toda relación de distribución converjan dos tipos de contrato: el de distribución, propiamente dicho, que regulará los respectivos derechos y deberes de las partes, así como los límites y alcance de la labor de promoción de ventas encomendada al distribuidor, y el de compra-venta internacional, que regirá cada una de las operaciones de este tipo en concreto que se realice entre ambas.

Como ha distinguido perfectamente el Tribunal Supremo español,<sup>72</sup> «*así como el contrato de agencia tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, en la concesión, ese objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente*».

## 2.2. Permanencia y estabilidad

Al igual que el contrato de agencia, el de distribución comporta una vinculación entre suministrador y distribuidor de forma estable, continua y duradera, bien por tiempo determinado o indeterminado.

Como afirma E.J. Lázaro<sup>73</sup> es un contrato de colaboración, mercantil y atípico, por virtud del cual 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 por cuenta propia.

En definitiva, un contrato de distribución comporta siempre unas expectativas futuras de suministro continuado de mercancías, que como señala R. Baldi<sup>74</sup> «*se expresa en una continuidad de adquisiciones que el concesionario efectúa de productos del concedente, vendiéndolos a terceros, revendedores o consumidores, en una relación de colaboración económica con el concedente*».

## 2.3. Asunción del riesgo y ventura de las operaciones

Al desempeñar siempre el distribuidor o concesionario frente al concedente el doble papel de comprador-revendedor de los productos objeto de distribución, es obvio que asume siempre los riesgos inherentes a todo contrato de compra-venta, característica que lo diferencia definitivamente del agente comercial, quien, salvo pacto expreso

72. Sentencia de 8 de noviembre de 1995.

73. E.J. Lázaro Sánchez. «El desistimiento unilateral en los contratos de distribución: análisis de la Jurisprudencia al respecto». Rev. La Ley, n.º 2388.

74. Ver obra citada en nota 25, pág. 71.

en contrario, actúa siempre como mero negociador entre partes de una futura operación, como quedó expuesto en el capítulo anterior.

Debe el distribuidor, por tanto, pagar el precio estipulado en el contrato de compra-venta a su suministrador, independientemente de que con posterioridad pueda revender o no la mercancía suministrada, y de que obtenga o no el precio exigido en la reventa.

Por eso, y a diferencia del agente, la actuación del distribuidor no es remunerada, debiendo obtener éste su beneficio comercial en función del margen de descuento que el suministrador le conceda precisamente por la reiteración de operaciones del mismo tipo y volumen de negocios que desarrollará.

Cabe sin embargo, y es de hecho una práctica frecuente en el comercio internacional, que una misma persona pueda actuar, respecto al mismo empresario, en calidad de agente comercial a comisión, en relación a determinados productos, y, simultáneamente, en calidad de distribuidor-revendedor, con un margen comercial, respecto a otros, ya que no son actividades incompatibles siempre que ambos tipos de relación estén perfectamente diferenciadas contractualmente, al objeto de evitar el confusiónismo en el que, como tendremos ocasión de examinar más adelante, ha incurrido la Jurisprudencia a la hora de determinar las consecuencias económicas de la terminación del contrato.

## 2.4. Ausencia de normas imperativas

Otra de las características del contrato de distribución, que en no pocas ocasiones permite decantarse por él en vez de por uno de agencia, es que, a diferencia de lo que ocurre con éste, según se comentó en el apartado 7.2 del Capítulo anterior, no existen normas internas imperativas de obligado cumplimiento que las partes deban acatar sin poder establecer pactos en contra.

Según se ha dicho, salvo escasas excepciones, el contrato de distribución está huérfano de legislación específica, tanto a nivel supranacional como nacional, excepto, naturalmente, en aquellos aspectos que puedan afectar a la libre competencia, como se examinará en el apartado siguiente, lo que ha llevado a nuestra Jurisprudencia (ver nota 70), a considerar que se trata de un contrato atípico, como la mayoría de los que analizaremos en capítulos sucesivos.

De ahí que cobre especial relieve el texto del propio contrato que las partes establezcan, ya que lo dispuesto en el mismo será la norma de prioritaria aplicación caso de controversia.

Por tal motivo, serán objeto de análisis las cláusulas contractuales de más frecuente utilización, a fin de establecer, tal como se hizo respecto al contrato de agencia, las pautas a seguir para la formulación de uno de distribución o concesión.

Pero previamente resulta imprescindible hacer referencia a las limitaciones que ha establecido la propia Unión Europea para este tipo de contratos, en relación a cláusulas susceptibles de impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado único europeo, limitaciones que también suelen encontrarse en la legislación interna de la mayoría de países en dicha materia de competencia.

### 3. La distribución exclusiva

#### 3.1. Acuerdos de distribución exclusiva y de compra exclusiva

Pese a que el pacto de exclusiva no es un elemento inherente al contrato de distribución, como tampoco lo es, según se dijo, del contrato de agencia, la mayoría de contratos lo incorporan a su clausulado, obligando al suministrador a no canalizar ventas en el territorio asignado al distribuidor ni directamente, salvo indicación expresa en tal sentido, ni mediante otros distribuidores o agentes, sino única y exclusivamente a través del distribuidor-revendedor en favor de quien se establece dicha exclusiva.

Este tipo de «acuerdos de distribución exclusiva», terminología utilizada en el Reglamento 1983/83,<sup>76</sup> tiene como resultado, según expresa en su preámbulo, una mejora de la distribución al poder concentrar el empresario sus actividades relativas a la venta de su producción, no estando obligado a mantener múltiples relaciones de negocios con gran número de revendedores, y que al mantener relaciones únicamente con un solo revendedor permite solucionar con más facilidad las dificultades que se derivan, en los intercambios internacionales, de diferencias de orden lingüístico, jurídico u otras.

La exclusiva puede estipularse también en favor del concedente de la misma, obligando al concesionario a no revender productos com-

75. El Reglamento CEE n.º 1983/83 de la Comisión de 22 de junio de 1983 sobre acuerdos de distribución exclusiva fue publicado en el D.O.C.E. L 173 de fecha 30 de junio de 1983 y su vigencia ha sido prorrogada hasta el 31 de diciembre de 1999 por Reglamento de la Comisión 1582/97 de 30 de julio de 1997.

petidores de los de aquél. Este tipo de «acuerdos de compra exclusiva», terminología utilizada en el Reglamento 1984/83,<sup>77</sup> también tiene como resultado, según se indica en su preámbulo, una mejora de la distribución al permitir al proveedor planificar la venta de sus productos de modo más exacto y con mayor antelación, garantizando al revendedor un abastecimiento regular durante la vigencia del acuerdo, pudiendo las empresas interesadas limitar así las posibles fluctuaciones del mercado y reducir los costes de distribución.

Como puntualizó la propia Comisión europea en una Comunicación<sup>78</sup> aclaratoria del contenido de los dos Reglamentos citados, «Los acuerdos de distribución exclusiva se caracterizan por el hecho de que una de las partes, el proveedor, le concede a la otra, el revendedor, un territorio delimitado en el que debe centrar sus actividades de venta, comprometiéndose a no entregar los productos objeto de contrato a otros revendedores establecidos en dicho territorio. En los acuerdos de compra exclusiva, el revendedor se compromete a no comprar los productos objeto de contrato a proveedores distintos del otro contratante. Sin embargo, el proveedor puede abastecer a otros revendedores en la misma zona de venta, al mismo nivel de distribución. Contrariamente al concesionario exclusivo, el revendedor sometido a la obligación de compra exclusiva no se halla protegido de la competencia de otros revendedores que, como él, reciben los productos directamente del proveedor. En cambio no está sometido a restricciones territoriales en sus esfuerzos de venta».

Estos acuerdos de exclusiva, unilaterales o bilaterales ya que un mismo contrato de distribución puede contemplar la exclusiva de venta por parte del concedente y la de compra por parte del concesionario, son perfectamente lícitos desde un punto de vista estrictamente jurídico, en virtud del principio universalmente aceptado de autonomía de la voluntad,<sup>79</sup> pero indudablemente entrañan restric-

76. El Reglamento CEE n.º 1984/83 de la Comisión de 22 de junio de 1983 sobre acuerdos de compra exclusiva fue publicado en el mismo D.O.C.E. que el Reglamento 1983/83 y su vigencia ha sido prorrogada hasta el 31 de diciembre de 1999 también por Reglamento de la Comisión 1582/97 de 30 de julio de 1997.

77. Comunicación de la Comisión relativa a los Reglamentos 1983/83 y 1984/83 publicada en el D.O.C.E. C 101/2 de 13 de abril de 1984.

78. En España el Tribunal Supremo se ha referido al pacto de exclusiva en reiteradas Sentencias, siendo las más significativas la de 18 de marzo de 1966 que lo definió como «pacto de limitación de la concurrencia, susceptible de ser incorporado a varios contratos, singularmente al de compra-venta y que puede correr tanto a cargo del comprador como del vendedor, con efectos vinculantes siempre que no sea ilimitado en el tiempo o en el espacio»; y la de 21 de abril de 1979 que basa su licitud y efecto

ciones a la libertad comercial de los contratantes («restricciones verticales») al orientarse en el sentido de evitar la concurrencia en el mercado.

### 3.2. Los acuerdos de exclusividad y la libre competencia. Normas de la Comunidad Europea

Los contratos que incluyen pactos de exclusividad atentan, en principio, a la prohibición general del artículo 85.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, uno de cuyos objetivos, proclamados en su artículo 3º es la «creación de un sistema que garantice que la competencia en el mercado común no será distorsionada».<sup>79</sup>

vinculante en el correcto ejercicio de la autonomía de la voluntad proclamada en el artículo 1.255 del Código Civil.

79. La preocupación por salvaguardar la libre competencia se tradujo en un movimiento legislativo iniciado en EE.UU. en 1890 mediante la publicación del Sherman Act, al que siguieron manifestaciones normativas de la misma tendencia en otros países, Gran Bretaña y Alemania, principalmente.

Las bases para la defensa de la libre competencia dentro del Mercado Común fueron establecidas en los artículos 85 y 86 de su Tratado constitutivo, cuyo texto es el siguiente:

Art. 85. 1.- Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresarios, las decisiones de asociaciones empresariales 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 libre competencia dentro del mercado común y, en particular:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, los mercados de venta, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de suministro;

d) aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

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 tipo de acuerdos entre empresas;
- cualquier decisión o tipo de decisiones de asociaciones de empresas; y a
- cualquier práctica concertada o tipo de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, siempre que aseguren 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;

La razón la expuso la propia Comisión en la Comunicación de 24 de diciembre de 1962 ya citada en el Capítulo anterior (ver nota 17) en la que, a diferencia de lo que ocurre con los contratos de agencia, en los que no se falsea el juego de la competencia dado el mero carácter auxiliar del agente, fundamenta la restricción de la competencia, cuando se trata de contratos de exclusividad entre comerciantes independientes, «tanto en la reducción de la oferta, cuando el vendedor se compromete a proporcionar exclusivamente a un solo comprador un determinado producto, como en la reducción de la demanda, cuando el comprador se compromete a adquirir un producto determinado exclusivamente de un solo vendedor. Tales restricciones de la competencia existen por ambas partes cuando se trata de compromisos recíprocos».

Los acuerdos de exclusividad entre comerciantes independientes pueden vulnerar el doble objetivo de la libre competencia: «asegurar, dentro de la Comunidad, la libertad de mercado para los empresarios y la libertad de elección para los consumidores»<sup>80</sup> en la medida en que impone restricciones a las partes contratantes y excluye la intervención de terceros.

Si ello afecta de manera sustancial al comercio entre Estados miembros,<sup>81</sup> el contrato puede toparse con la implacable declaración

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Art. 86. Será incompatible con el mercado común y quedará prohibido, en la medida en que pueda afectar al comercio entre Estados miembros, el abuso, por parte de uno o mas empresarios, de una posición de dominio dentro de todo el mercado común o dentro de 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, los mercados de venta o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) aplicar a los 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.

80. Respuesta de la Comisión a pregunta escrita n.º 644/180 del Parlamento Europeo (D.O.C.E. C 213 de 20 de agosto de 1980).

81. Los acuerdos de distribución que afecten únicamente al mercado nacional se rigen por las respectivas normas internas de cada Estado miembro, en España la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia, inspirada en las normas comunitarias de política de la competencia.

En desarrollo de dicha Ley, el Real Decreto 157/1992 de 24 de febrero regula las exenciones por categorías, siempre que los acuerdos cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos 1983/83 y 1984/83, así como las autorizaciones singulares. Las competencias para la aplicación en España de las reglas europeas en la materia

de nulidad contenida en el apartado 2 del artículo 85 del Tratado, sin perjuicio de las sanciones que pudiera imponer la Comisión.

Para flexibilizar el rigor de estas medidas y evitar el exceso de notificaciones en demanda de declaraciones negativas y exenciones individuales<sup>82</sup> y haciendo uso de la posibilidad prevista en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado (ver nota 79), se publicó el Reglamento 19/65 del Consejo de 2 de marzo de 1965, autorizando a la Comisión a dictar Reglamentos exonerando en bloque a determinadas clases de contratos.

En base a la autorización concedida, la Comisión aprobó el Reglamento 67/67 concediendo una exención en bloque a determinados contratos de suministro y aprovisionamiento en exclusiva, que posteriormente fue sustituido por los dos Reglamentos ya citados núms. 1983/83 y 1984/83, actualmente vigentes.

La característica principal de ambos Reglamentos es que contienen unas listas detalladas de cláusulas que pueden o no incluirse en un contrato, las llamadas «lista blanca» y «lista negra», ofreciendo la ventaja de que quienes puedan acomodar sus cláusulas contractuales

vienen reguladas en el Real Decreto 295/1988 de 27 de febrero, que atribuye la fase de instrucción de los expedientes al Servicio de Defensa de la Competencia y la de resolución o dictamen al Tribunal de Defensa de la Competencia o al Consejo de Ministros en algunos casos.

82. Aparte de la nulidad de las cláusulas que vulneren el artículo 85 (no necesariamente de todo el contrato, según aclaró el Tribunal de Justicia en Sentencia de 30 de julio de 1966, asunto 55/65 (La Technique Minière c/ Maschinenbau), el Reglamento 17/1962 del Consejo de 6 de febrero de 1962 estableció las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, reiterando la prohibición de aquellos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que los contravinieran (art. 1) e impuso un rígido sistema de sanciones económicas para los infractores (art. 15).

Asimismo reguló la posibilidad de que las partes en cualquier contrato susceptible de vulnerar las prohibiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado solicitasen de la Comisión una «declaración negativa» o certificación oficial de no haber fundamento para declarar la nulidad del acuerdo, por no contener cláusula contraria a dichos artículos; o bien una «exención individual», previa notificación del acuerdo, consistente en reconocer la validez del mismo, pese a contener en principio una vulneración de dichos artículos, si comporta ventajas compensatorias, es decir, si, como señala el artículo 85 del Tratado, en su apartado 3, «contribuye a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, siempre que aseguren a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante».

Actualmente la Comisión, ante la avalancha de notificaciones solicitando exenciones individuales, y por razones burocráticas, ha sustituido el formalismo de la exención individual o declaración negativa por las denominadas «comfort letters» o cartas administrativas de conformidad que cursa a los interesados la Dirección General IV indicando la inaplicabilidad del artículo 85, o las condiciones o cláusulas que deben modificarse para la no aplicación del mismo, supeditándose a tales modificaciones la validez del acuerdo.

a las permitidas en la «lista blanca» y no incluir ninguna de las prohibidas en la «lista negra», gozarán de una mayor seguridad jurídica al no correr el riesgo de incurrir en la sanción de nulidad que establece el artículo 85 del Tratado, por no aplicarse dicho artículo a tales contratos.

Sin embargo, como apunta V. Korah<sup>83</sup> dichos Reglamentos presentan dos inconvenientes. El primero estriba en que las «listas negras» de cláusulas y condiciones no permitidas no siempre son fáciles de interpretar, existiendo cierta incertidumbre acerca de si un acuerdo podrá o no gozar de exención.<sup>84</sup>

El otro inconveniente es el de que las partes puedan llegar a distorsionar acuerdos que podrían haber sido altamente beneficiosos para el Mercado interior europeo haciendo su economía más competitiva e integrando los diferentes mercados nacionales, con tal de acogerse a lo dispuesto en los Reglamentos.

Pese a tales inconvenientes, resulta imprescindible, a la hora de redactar un contrato de distribución exclusiva o de compra exclusiva seguir en su clausulado las pautas marcadas por dichos Reglamentos, con el inestimable apoyo aclaratorio de la Comunicación de la Comisión (ver nota 77), aun cuando una de las partes no pertenezca a un Estado miembro si su contenido puede de alguna forma llegar a distorsionar la competencia dentro del mercado único, por ejemplo prohibiendo a un distribuidor las exportaciones a otras empresas comunitarias.<sup>85</sup>

Cumpliendo en los contratos las prevenciones de ambos Reglamentos difícilmente se incurrirá, por otro lado, en prohibiciones que pudieran contener las legislaciones internas de los mismos Estados miembros si resultaran de aplicación por tratarse de acuerdos de menor importancia, a que más adelante nos referiremos, o por afec-

83. Valentine Korah, «Introducción al Derecho y práctica de la Competencia en la CEE», Edit. Ariel, pag. 54, Barcelona, 1988.

84. A estos efectos el Considerando 14 del preámbulo del Reglamento 1983/83 indica que los contratos que cumplan las condiciones del mismo no tienen por que notificarse a la Comisión pero, caso de duda, pueden pedir las empresas una declaración, a título individual, de la compatibilidad de sus acuerdos con el Reglamento.

85. Todo acuerdo, cualquiera que sea su lugar de celebración, que tenga sustanciales efectos en el mercado común, incurre en las prohibiciones del artículo 85, sin que a ello represente un obstáculo el hecho de que una de las empresas participes este ubicada en el exterior de la Comunidad (Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 1971, Asunto 22/71 Beguelin Import Co c/ GL Import Export S.A.). Por tanto, las empresas de fuera de la CE están sujetas a la jurisdicción de la Comisión aunque no tengan presencia alguna mediante filiales (Decisión de la Comisión en asunto Importaciones de Aluminio del Este de Europa).

tar únicamente el contrato a operaciones dentro de un solo Estado, e, incluso, a legislaciones internas de terceros países en materia anti-trust que, en todo caso, convendrá examinar con ayuda de expertos locales antes de formalizar el contrato.

### 3.3. Cláusulas permitidas y no permitidas

Los Reglamentos 1983/83 y 1984/83, al igual que otros en materia de competencia que se analizarán en Capítulos sucesivos, tienen como característica común la de relacionar, separadamente, determinadas obligaciones o restricciones impuestas por una parte a la otra, que normalmente suelen incluirse en este tipo de contratos, y que, pese a suponer una vulneración de las reglas de la competencia, se permiten, sin riesgo de ser declaradas nulas (lista blanca); diferenciándolas de aquellas otras que no se permiten y que, en consecuencia, impiden la aplicación de la exención (lista negra).

Su aplicación queda limitada a aquellos contratos de distribución o de compra en exclusiva que se celebren para la reventa de productos y en los que no participen más de dos empresas.<sup>86</sup>

Las obligaciones o restricciones permitidas y no permitidas en uno y otro Reglamento son similares. A modo de síntesis esquemática puede establecerse el siguiente resumen:<sup>87</sup>

86. Como aclara la Comunicación de la Comisión referente a estos Reglamentos (ver nota 77) la noción de «venta» implica que los productos de que se trate sean cedidos a cambio de una remuneración que deba ser entregada por terceros a la parte que los compra, por lo que faltara este requisito en los acuerdos de suministro o de compra de productos que el comprador deba transformar, utilizar o consumir para la fabricación de otros, así como en casos de suministro de elementos que se utilicen en combinación con otros para la fabricación de nuevos productos.

La reventa debe referirse a «productos», por lo que la prestación de servicios en exclusiva queda al margen del ámbito de aplicación de estos Reglamentos, sin que a estos efectos tenga relevancia el hecho de que el revendedor preste servicios post-venta a la clientela ligados a la reventa de los productos objeto de distribución; y debe suponer que en el acuerdo, de distribución o de compra en exclusiva, participe un solo proveedor y un solo revendedor.

87. El resumen se basa en las previsiones contenidas en el Reglamento 1983/83 por ser el que específicamente se refiere a «acuerdos de distribución exclusiva» y porque su contenido es básicamente idéntico al del Reglamento 1984/83 relativo a «acuerdos de compra en exclusiva».

Aun cuando en un mismo contrato pueden existir cláusulas de exclusiva típicas de ambos tipos de acuerdos (exclusiva bilateral), conviene precisar que el Reglamento 1984/83 se aplicará en aquellos supuestos en que sólo asuma la obligación de compra en exclusiva el comprador-revendedor, dejando en libertad al suministrador para vender el mismo producto a otros compradores incluso en el mismo ámbito territorial del comprador-revendedor.

### a) Restricciones y obligaciones permitidas (lista blanca):<sup>88</sup>

– A cargo del suministrador:

1) Que sólo sirva al distribuidor los productos objeto de contrato, para su reventa en el territorio concedido.

2) Que no sirva a otros usuarios en el territorio concedido, los productos objeto de contrato.

– A cargo del distribuidor:

1) Que no fabrique o distribuya productos competitivos de los que sean objeto del contrato.

2) Que sólo compre al suministrador los productos objeto del contrato.

3) Que no realice publicidad alguna de los productos objeto del contrato, no abra sucursales ni tenga ningún almacén para su distribución fuera del territorio concedido.

4) Que se obligue a comprar surtidos completos de productos o cantidades mínimas.

5) Que se obligue a vender los productos contemplados en el contrato con las marcas o presentación prescritas por el suministrador.

6) Que se obligue a efectuar medidas de promoción de venta y, en particular, hacer publicidad, mantener una red de ventas o un depósito, prestar a la clientela un servicio post-venta y la garantía, y emplear a personal con formación técnica o especializada.

Como aclara la Comunicación de la Comisión, las partes en el contrato de distribución solamente pueden estipular las restricciones de competencia que han quedado enumeradas por lo que, caso de asumir otras obligaciones restrictivas, la totalidad del acuerdo rebasará el marco de la exención por categoría y sólo podrá quedar eximido el contrato por vía de la exención a título individual. Tal sería el caso si se renunciara a fijar libremente los precios o las condiciones de venta,<sup>89</sup> se impidiera al distribuidor efectuar exportaciones a otros

Como distinciones dignas de destacar diremos que el Reglamento 1984/83 contempla dos supuestos específicos de no aplicabilidad de la exención general: cuando se trate de contratos que tengan por objeto varios productos sin vinculación entre sí, ni por su naturaleza ni por los usos comerciales, y cuando el contrato se celebre por una duración indeterminada o por plazo no superior a cinco años.

88. Artículos 1 y 2 del Reglamento 1983/83 y 1 y 2 del Reglamento 1984/83.

89. El artículo 85.1.a) del Tratado considera contrario al mismo el fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción, habiéndose pronunciado tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, reiteradas veces, sobre la incompatibilidad con el Tratado del «precio impuesto» cuando constituya un obstáculo a la libre competencia y un perjuicio sensible a la



Estados miembros<sup>90</sup> o simplemente se le impidiera elegir libremente a sus clientes.

*b) Restricciones y obligaciones no permitidas (lista negra)<sup>91</sup>*

La exención del artículo 85.1 del Tratado no será aplicable cuando:

1) Fabricantes de productos idénticos o que el usuario considera similares por razón de sus propiedades, de su precio y de su uso, celebren acuerdos recíprocos de distribución exclusiva sobre estos productos; o celebren entre sí acuerdos no recíprocos sobre estos productos excepto si una de las partes, por lo menos, realiza un volumen total de negocios anual que no supere los 100 millones de ECUS.<sup>92</sup>

2) Los usuarios puedan comprar en el territorio concedido los productos contemplados en el contrato únicamente al distribuidor exclusivo, y no existan fuentes alternativas de abastecimiento fuera del territorio concedido.<sup>93</sup>

3) Las partes, o una de ellas, restrinjan la posibilidad de que los intermediarios o usuarios compren los productos contemplados en el contrato a otros revendedores en el mercado común o, en la medida en que no existan fuentes alternativas de abastecimiento, fuera de éste, en particular cuando las partes ejerzan derechos de propiedad

realización del mercado común (Decisión de la Comisión de 11 de diciembre de 1980, Asunto Hennessey-Henckell, v. de 6 de enero de 1982, Asunto AEG-Telefunken; Sentencia del Tribunal de 25 de octubre de 1977, Asunto 26/76, Metro/S.A.B.A.).

90. Las prohibiciones de exportación han sido desde siempre sancionadas por la Comisión, habiendo confirmado el Tribunal de Justicia reiteradamente la nulidad de las cláusulas que así lo imponían, desde los famosos asuntos 36/64 y 58/64 *Consten/Grundig* c/ Comisión, resueltos por Sentencia de 13 de julio de 1966, siendo tales prohibiciones un obstáculo para otra de las premisas básicas del Derecho de la Comunidad: la posibilidad de efectuar «importaciones paralelas».

La misma sanción de nulidad comportan las medidas disuasorias de la exportación, como el obligar al distribuidor a renunciar a ciertos descuentos si exporta alguna de las mercancías objeto de contrato, premiar con premios especiales a aquellos distribuidores que concentran sus ventas exclusivamente en el territorio concedido, o negar la garantía del fabricante a productos objeto de importaciones paralelas.

91. Artículo 3 del Reglamento 1983/83 y artículo 3 del Reglamento 1984/83.

92. La razón de ser de esta exclusión, de redacción harto confusa obedece al propósito de evitar que acuerdos recíprocos de distribución entre fabricantes competidores encubra un reparto de mercados, práctica prohibida en el artículo 85.1.c) del Tratado.

93. Con esta exclusión se pretende que el suministrador venga obligado a servir directamente a los usuarios en el territorio concedido al distribuidor cuando aquellos no puedan recurrir a otras fuentes alternativas de suministro.

industrial o cualesquiera otros derechos o medidas tendentes a dificultar el abastecimiento, fuera del territorio concedido, de los productos contemplados en el contrato.

Este último supuesto merece un comentario especial por la importancia que otorga el derecho de la competencia a la obligación de respetar y no impedir las denominadas «importaciones paralelas», es decir, las que se producen en un Estado miembro, por canales distintos (paralelos) a los de los distribuidores exclusivos en dicho Estado.

Se recoge así lo dispuesto en los Considerandos 11 y 12 del preámbulo del Reglamento 1983/83, sancionando con la inaplicabilidad de la exención el hecho de que cualquiera de las partes en el contrato dificulte a intermediarios o usuarios la obtención de productos por medio de importaciones paralelas, en la medida en que aquellos sólo puedan obtener dichos productos dirigiéndose al distribuidor exclusivo, sin que tampoco resulte admisible que las partes impidan dichas importaciones escudándose en derechos de propiedad industrial, como no permitir la venta con su marca en un Estado en el que tenga reconocida la licencia exclusiva de uso de marca, creando de esta manera una protección territorial incompatible con las reglas de la competencia.<sup>94</sup>

Los contratos deben pues procurar que los productos contractuales puedan ser ofertados por importadores paralelos en el territorio concedido, o bien garantizar que los usuarios puedan obtenerlos de empresas establecidas fuera del territorio concedido y, en su caso, incluso fuera de la Comunidad a los precios y en las condiciones de venta que allí se practiquen habitualmente.

Impedir importaciones paralelas procedentes de terceros países, no miembros de la U.E., solamente puede estar justificado, sin que ello comporte perder la exención, si existen fuentes alternativas de suministro dentro de la propia Comunidad, es decir, a través de otros distribuidores comunitarios.

94. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo se refirió a estos supuestos, que ya venían contemplados en Reglamentos anteriores al 1983/83, en varias ocasiones, y así, en Sentencia de 1 de octubre de 1975 (asunto 25/75) sancionó como violación de la normativa comunitaria la obligación asumida por el suministrador de prohibir a otros distribuidores e intermediarios la exportación a la zona de exclusiva de un tercer distribuidor, sin que, como añadió en posterior Sentencia de 8 de junio de 1982 (asunto 258/78), esta protección de las importaciones paralelas pueda ampararse en un derecho de propiedad industrial para la protección territorial del distribuidor, criterios reiterados en Sentencia de 8 de febrero de 1990 (Asunto 279/87).

En el capítulo siguiente volveremos a tratar el tema de las «importaciones paralelas» cuando éstas son restringidas por el ejercicio de los derechos de propiedad industrial, concretamente patentes y marcas.

c) *Conductas que pueden provocar se retiren por la Comisión los beneficios de la exención general*<sup>95</sup>

La Comisión podrá retirar el beneficio de la exención general al contrato si en la ejecución del mismo se producen efectos incompatibles con las condiciones previstas en el artículo 85.3 del Tratado y, en particular cuando:

1) Los productos contractuales no quedan sometidos, en el territorio concedido, a la competencia efectiva de productos idénticos o considerados como similares por los usuarios en razón de sus propiedades, precio y uso.

2) Se limita de forma importante el acceso de otros suministradores a las diferentes fases de la distribución en el territorio concedido.

3) Otros intermediarios o usuarios no pueden comprar los productos contractuales a distribuidores situados fuera del territorio concedido en las condiciones que estos distribuidores practican corrientemente en su mercado.

El distribuidor exclusivo

- sin razón objetivamente justificada, deja de suministrar en el territorio concedido a ciertos compradores o les aplica precios o condiciones de venta diferentes, siempre que estos compradores no puedan abastecerse de otro modo en condiciones equitativas de los mismos productos.

- vende a precios excesivos los productos contractuales.

3.4. Otros tipos de acuerdos y acuerdos de menor importancia

La normativa comunitaria establece normas específicas en materia de libre competencia aplicables a los siguientes acuerdos:

- Compromisos de compra exclusiva de cerveza (Título II del Reglamento 1984/83).

- Compromisos de compra exclusiva de carburante por estaciones de servicio (Título III del Reglamento 1984/83).

95. Artículo 14 del Reglamento 1983/83 y del Reglamento 1984/83.

- Acuerdos de menor importancia (Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 1997, publicada en el D.O.C.E. C-372 de igual fecha).

- Distribución y servicio de venta y post-venta de vehículos automóviles (Reglamento 1475/95 de la Comisión de 28 de junio de 1995).

Para no extralimitar el contenido del presente capítulo, y por afectar a un número muy reducido de contratos de distribución omitiremos toda referencia a los dos primeros.

En cuanto a los acuerdos de menor importancia, se consideran como tales aquellos que sólo afectan de manera insignificante al comercio entre Estados miembros o a la competencia y por ello la Comisión entiende que no debe afectarle la prohibición del artículo 85.1 del Tratado; no precisando, por tanto, de declaración de exención.

La consideración de «acuerdos de menor importancia» en materia de distribución (acuerdos verticales) afecta, por un lado, a todos los celebrados entre pequeñas y medianas empresas que, como señala la Comunicación, rara vez pueden afectar al comercio entre Estados miembros y a la competencia en el interior del mercado común, por lo que, por regla general, escapan a la prohibición del artículo 85.1 del Tratado; y, por otro lado, a todos aquellos en los que las cuotas de mercado del conjunto de las empresas participantes en los acuerdos no superen el umbral del 10 % en el mercado de productos pertinente, que incluye todos los productos o servicios que el consumidor considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, precio y uso, y en el mercado geográfico de referencia, constituido este último por el territorio en el que las empresas ofrecen los productos o servicios en cuestión, aun cuando durante dos ejercicios consecutivos las cuotas de mercado registren un incremento no superior al 10 %.

No cabe, sin embargo, excluir la aplicabilidad del artículo 85.1 del Tratado, incluso si las cuotas de mercado del conjunto de las empresas participantes son inferiores a los umbrales indicados, si estos acuerdos tienen por objeto la fijación de precios de reventa o la con-

96. El concepto de «pequeña y mediana empresa» viene precisado en el anexo a la Recomendación 96/280 de la Comisión (D.O.C.E. L-107 de 30 de abril de 1996) y se refiere a toda aquella empresa que emplee a menos de 250 personas; cuyo volumen de negocios no supere los 40 millones de ECUS o cuyo activo total no supere los 27 millones de ECUS; y que respete el criterio de independencia.

cesión de una protección territorial a las empresas participantes o a empresas terceras.

Los acuerdos de menor importancia no presentan en principio interés comunitario suficiente que justifique la intervención de la Comisión, correspondiendo a las autoridades y tribunales de los Estados miembros examinar tales acuerdos, debiendo intervenir la Comisión solamente cuando ésta considere que así lo exige el interés de la Comunidad y, en particular, cuando dichos acuerdos afecten al buen funcionamiento del mercado interior.

En cuanto a los acuerdos de distribución y servicio de venta y post-venta de vehículos automóviles merecen un especial comentario en la medida que se enmarcan dentro de la denominada «distribución selectiva», que pasamos a examinar.

### 3.5. La distribución selectiva

Suelen denominarse acuerdos de distribución selectiva aquellos en los que el suministrador limita la venta de sus productos a unos determinados revendedores, tanto a nivel de distribuidores como de comerciantes minoristas, que reúnan determinados requisitos de cualificación profesional o conocimientos técnicos, bien por el nivel tecnológico del producto a distribuir (aparatos electrónicos, automóviles, alta fidelidad, etc.) bien por la necesidad de mantener una imagen de alta calidad que los distingue de otros del mismo sector (artículos de joyería, relojería, perfumería, etc.).

Mediante un sistema selectivo, el suministrador se asegura de que la red de revendedores de sus productos tenga un nivel de conocimientos adecuados en la materia y que disponga de unos establecimientos y personal suficientemente cualificados.<sup>97</sup>

Sin embargo, la adecuación de estos acuerdos al artículo 85.1 del Tratado comporta una serie de condiciones que han sido precisadas por el Tribunal de Justicia, ya que en esta materia no existe Regla-

97. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ya precisó en el caso AEG Telefunken contra la Comisión (asunto 107/82) la legitimidad de exigencias tales como el mantenimiento de un negocio especializado capaz de dar unos servicios específicos en lo que a productos de alta calidad y alta tecnología respecta, que pueden justificar una disminución de la competencia de precios en favor de la competencia referente a otros factores distintos del precio. Tales sistemas de distribución selectiva, en la medida en que están dirigidos a la consecución del objetivo legítimo capaz de mejorar la competencia en relación con factores distintos del precio constituyen un elemento de competencia que está en conformidad con el artículo 85.1 del Tratado.

mento de exención, salvo para automóviles, por lo que, caso de dudas, sólo puede acudir a la notificación a la Comisión para obtener la exención individual.

Las condiciones impuestas por el Tribunal son:

a) Ha de tratarse de artículos de alta tecnología o de productos de lujo, aunque muchas veces no son los productos de lujo los que requieren la selección de los distribuidores, sino que es esta selección la que hace que estos productos sean de lujo. De hecho hay precedentes de acuerdos admitidos que poco tienen que ver con estas premisas, como es el caso de la distribución de periódicos o de vajillas de cerámica.

b) La selección de los distribuidores ha de basarse en criterios objetivos de naturaleza cualitativa, es decir, a tenor de las cualificaciones del revendedor y de su personal y de la idoneidad de sus locales, siempre que dichas condiciones hayan sido fijadas de manera uniforme para todos los potenciales revendedores y no se aplique de forma discriminatoria.<sup>98</sup>

c) No pueden aplicarse criterios cuantitativos en la selección de los distribuidores, como tuvo ocasión de declarar el Tribunal de 1.ª Instancia de la Comunidad a propósito del asunto Vichy, en que esta firma limitaba la distribución de sus productos a determinadas oficinas de farmacia, en la medida en que gran parte de los Estados miembros restringen el número de farmacias y por ello no podía ser distribuidor cualquier farmacéutico, sino sólo los autorizados a tener una farmacia abierta al público, criterio que ya había establecido anteriormente el Tribunal de Justicia en el asunto Binon, relativo a la distribución de prensa diaria, que excluía la venta de periódicos a través de determinados minoristas, reservándola sólo a ciertos puntos de venta.<sup>99</sup>

Uno de los aspectos más polémicos de este tipo de acuerdos es el relativo a los límites admisibles a la obligación del fabricante de pres-

98. Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1977. Asunto 26/76 Meca-Lecrecy c/ Comisión.

En Sentencia de 12 de diciembre de 1996 del Tribunal de 1.ª Instancia (Asunto 19/92 Galec c/ Centres Leccrec) se estableció que correspondía a los jueces nacionales decidir si los criterios de selección han sido aplicados o no de forma discriminatoria o desproporcionada, aplicando el ordenamiento jurídico nacional para poner remedio a esa situación.

99. Sentencia del Tribunal de 1.ª Instancia de 27 de febrero de 1992. Asunto T-19/91 Société d'hygiène dermatologique de Vichy c/ Comisión y Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1985. Asunto 243/83 Binon c/ Agence Messageries de la presse.

tar servicios gratuitos de garantía de sus productos, dado el criterio de la Comisión contrario a un sistema de garantías post-venta no extensible a un país distinto a aquel en que habían sido adquiridos los productos, criterio que mantuvo el Tribunal de Justicia<sup>100</sup> respecto a un acuerdo de distribución exclusiva en el que el fabricante de relojes «Swatch» excluía la garantía gratuita a todos aquellos que no hubieran sido adquiridos a los distribuidores exclusivos, con lo que quedaban al margen de la garantía los adquiridos a importadores paralelos y a distribuidores no oficiales.

El Tribunal ha admitido con posterioridad, en relación a productos importados en la Comunidad desde un tercer país que «*siempre que un sistema de distribución selectiva se ajuste a los criterios de validez del artículo 85 del Tratado CE, tal como han sido precisados por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, procede considerar asimismo válida la limitación de la garantía del fabricante a los productos objeto del contrato adquiridos de distribuidores autorizados*».<sup>101</sup>

Con este criterio admite el Tribunal que puedan excluirse de la garantía productos importados de un tercer país (Suiza, en este caso) por una firma ajena a la red oficial de distribuidores de la marca, oponiéndose al artículo 85.1 tal exclusión sólo si afecta a adquisiciones hechas a otros distribuidores comunitarios autorizados, y así lo confirma el Reglamento 1475/95 sobre distribución de vehículos automóviles al que brevemente nos referiremos en el apartado siguiente.<sup>102</sup>

100. Sentencia de 10 de diciembre de 1985. Asunto 31/85 ETA Fahrquies d'Ebauches c/ DK Investment S.A.

101. El tema se suscitó ante el Tribunal de Luxemburgo, por vía prejudicial, a raíz de la demanda interpuesta en Alemania por la firma Metro SB contra Cartier S.A. al negarse ésta a prestar gratuitamente su garantía a relojes importados por Metro del distribuidor exclusivo de Cartier en Suiza, por considerar que dichos relojes no habían sido comercializados por un distribuidor autorizado, al carecer Metro de tal carácter, entendiéndose ésta, por el contrario, que la limitación de la garantía era contraria al artículo 85.1 del Tratado.

El Tribunal dio implícitamente la razón a Cartier definiendo claramente el objeto de la distribución selectiva y la base legal para estimar no contraria a dicho artículo la posición del fabricante: «Puesto que son lícitas las cláusulas contractuales por las cuales el fabricante se obliga a vender únicamente a través de distribuidores autorizados, y por las cuales los propios comerciantes autorizados se comprometen a revender tan sólo a otros comerciantes autorizados o a los consumidores, no existe motivo alguno para someter a normas más estrictas el régimen de limitación contractual de la garantía a los productos vendidos a través de distribuidores autorizados». Sentencia de 13 de enero de 1994 (Asunto 376/92).

102. El artículo 5.1.1.a) del Reglamento 1475/95 condiciona la exención por categoría a que el distribuidor se comprometa a prestar la garantía y servicio gratuito para

Todo ello no justifica sin embargo que mediante un sistema de distribución selectiva se impidan las importaciones paralelas de otros Estados miembros a través de operadores que, no perteneciendo a la red de distribución selectiva, ejerzan una actividad de importación y reventa independiente.<sup>103</sup>

### 3.6. Distribución de vehículos automóviles

Dentro del marco de la distribución selectiva se encuadra la relativa a vehículos automóviles, regulada actualmente por Reglamento 1475/95 de la Comisión de 28 de junio de 1995 que fue publicado en el D.O.C.E. de 29 de junio de 1995 y estará en vigor hasta el 30 de septiembre del 2002. Dado su carácter restringido al sector del automóvil, nos limitaremos a resumir los aspectos más importantes y las innovaciones más relevantes respecto al anterior Reglamento 123/85 de 12 de diciembre de 1984 sobre este tipo de acuerdos:

#### a) Multimarquismo

Se establece la posibilidad de que un mismo concesionario pueda distribuir diferentes marcas automovilísticas, sin que sea óbice para la no aplicación del artículo 85.1 del Tratado la condición de que la distribución se lleve a cabo en locales de venta separados, bajo una gestión distinta, y mediante entidades jurídicas diferentes, de forma que no sea posible confusión alguna entre las marcas. De esta manera se garantiza la exclusividad de la distribución de una sola marca en cada punto de venta sin que, por un lado, se cree confusión para los consumidores ni, por otro, se produzca una competencia desleal del distribuidor hacia los proveedores de otras marcas competidoras.

Este fraccionamiento por marcas no impide que el distribuidor pueda ofrecer y llevar a cabo en un mismo taller servicios de mantenimiento y reparación de automóviles de marcas distintas.

los vehículos automóviles de la gama considerada en el acuerdo o correspondientes a la misma, y que hayan sido vendidos por otra empresa de la red de distribución dentro del mercado común.

103. Así lo ha establecido el Tribunal de Luxemburgo en Sentencias de 15 de febrero de 1996 y 20 de febrero de 1997 (Asuntos 226/94 Grand Garage Albigeois c/ Garage Massol SARL y 128/95 Fontaine S.A. c/ Aqueudex Automobiles SARL).

b) *Piezas de recambio*

El multimarquismo afecta también a las piezas de recambio al permitirse que los distribuidores adquieran, utilicen y revendan piezas de recambio de otros fabricantes, con tal que sean de una calidad equivalente, admitiéndose la prohibición impuesta al concesionario de no vender piezas de recambio que compitan con los productos contractuales si no alcanzan su nivel de calidad, ni utilizarlas para la reparación o mantenimiento de dichos productos.

Los fabricantes que ofrezcan piezas de recambio a los distribuidores deben confirmar que las mismas se corresponden con las suministradas al fabricante del vehículo.

c) *Garantías y servicios post-venta*

El Reglamento impone la obligación de los distribuidores de prestar la garantía, el servicio gratuito y el de reparación y mantenimiento a todos los automóviles de la marca aun cuando hayan sido vendidos por otra empresa de la red de distribución dentro de la Unión Europea (ver nota 102).

Esta disposición tiene como objetivo impedir que quede afectada la libertad de los usuarios de comprar su automóvil en cualquier punto de la U.E., y se refuerza con la prohibición a los fabricantes de que restrinjan, directa o indirectamente dicha libertad, ya que el principio de mercado único exige que cualquier usuario pueda adquirir su automóvil donde los precios y condiciones le resulten más ventajosos. De ahí que se prohíba que los fabricantes y proveedores obstaculicen directa o indirectamente, las importaciones o exportaciones paralelas, por ejemplo negándose a suministrar a usuarios en otros Estados miembros, imponiendo precios más altos para éstos o estableciendo plazos de entrega más largos; que restrinjan el acceso a los mercados de fabricantes y distribuidores independientes de piezas de recambio, que limiten la libertad de los revendedores y talleres de reparación de adquirir y utilizar piezas de recambio del mismo nivel de calidad que las originales, y la libertad de los distribuidores de fijar los precios y descuentos en la reventa.

Las sanciones para este tipo de restricciones a la libre competencia se han agravado últimamente, al calcularse no sobre la base del volumen de negocios, sino en función de la duración e importancia de la infracción, siendo la marca Volkswagen/Audi la primera en sufrir las consecuencias de la nueva política sancionadora, al haber-

sele impuesto una multa de 102 millones de ECUS, la más alta jamás impuesta, por haber forzado durante más de diez años a sus concesionarios italianos a no vender automóviles de la marca a clientes de otros Estados miembros, alemanes y austríacos principalmente.

d) *Talleres de reparación*

Aparte de estas medidas, tendentes a favorecer a los consumidores que son los más beneficiados por esta normativa, se prevé que aquéllos puedan elegir entre talleres de reparación de la propia red de distribución o talleres independientes, viniendo obligados los fabricantes a facilitar a estos últimos la información técnica necesaria para reparar y mantener sus vehículos, siempre que dicha información no esté protegida por un derecho de propiedad industrial o intelectual o constituya un «Know-how» secreto.

e) *Otras innovaciones de interés*

El Reglamento introduce otras importantes novedades que pueden resumirse en los siguientes puntos:

- Posibilidad de que los concesionarios hagan publicidad de sus productos y ofertas en todo el territorio de la U.E.

- Posibilidad de imponer a los distribuidores unos objetivos mínimos de venta y de obligarles a mantener un *stock* mínimo de automóviles y de vehículos de demostración, que, de no llegarse a un acuerdo entre las partes, no podrán ser determinados unilateralmente por el proveedor sino por un perito independiente o árbitro.

- Posibilidad de proteger el sistema de distribución selectiva obligando a los distribuidores a no vender vehículos a usuarios a través de intermediarios salvo que éstos hayan recibido poderes a tales efectos de los usuarios finales.

- Se prohíbe a los proveedores el otorgamiento a los distribuidores de remuneraciones distintas en función del lugar de destino de los automóviles o del domicilio del comprador, así como la aplicación de precios o condiciones de venta discriminatorios.

El Reglamento, al igual que los ya comentados 1983/83 y 1984/83, contiene una detallada relación de restricciones y obligaciones permitidas y no permitidas, previendo que, caso de duda, los interesados notifiquen a la Comisión el texto de los contratos en evitación de que puedan resultar nulos.

#### 4. Terminación del contrato y sus efectos

##### 4.1. Duración del contrato

Al igual que el contrato de agencia, el de distribución puede establecerse por una duración limitada o indefinida, dependiendo de lo que las partes hayan estipulado al respecto, siendo el propio contrato, en ausencia de normas imperativas al respecto, quien debe prever la duración del mismo y la forma de denunciar el contrato una u otra parte.

Si el contrato es de duración limitada, expresándose en el mismo el plazo de tiempo de su vigencia, terminará al vencimiento de dicho plazo, o antes si se hubiesen previsto cláusulas específicas de incumplimiento capaces de provocar la terminación anticipada.

De tener estipulado el contrato un plazo de duración limitado pero con posibilidad de prórroga, mantendrá sus efectos durante el período de ésta, según lo pactado, sin perjuicio de la resolución anticipada por causas de incumplimiento de las partes.

Si el contrato es por tiempo indefinido o no contiene estipulación al respecto la posibilidad de rescisión unilateral es reconocida, siempre que no se traspasen los límites de la equidad y la buena fe, y se cumplan los términos previstos en el contrato, especialmente el plazo de «previsto» si se pactó.<sup>104</sup>

##### 4.2. Efectos de la terminación y posible indemnización

La cuestión más importante que suscita la terminación del contrato es la de determinar si el distribuidor goza o no de protección legal que le permita reclamar algún tipo de compensación o indemniza-

104. En España el Tribunal Supremo ha venido admitiendo reiteradamente la posibilidad de rescisión unilateral del contrato por tiempo indefinido «a fin de evitar la prolongación *sine die* de los pactos en exclusiva dado el *intuitu personae* que juega en los contratos de distribución de productos con tal cláusula y la repercusión que en el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro» (Sentencias de 21 de abril de 1979, 22 de marzo de 1988, 16 de septiembre de 1988 y 25 de enero de 1996 entre otras); sin que ello suponga abuso de derecho si no se infringe la buena fe ni la equidad (Sentencia de 15 de octubre de 1992); sin tener que sujetarse a la obligación del preaviso si no estaba acordado (Sentencias de 8 de noviembre de 1995 y de 9 de octubre de 1997); sin que pueda operar de forma abusiva ni alejada del ámbito que marca y delimita la buena fe, por lo que debe acreditarse la existencia de justa causa que evite considerar arbitrario el desestimiento unilateral (Sentencia de 18 de diciembre de 1995). Ver también doctrina expuesta en Sentencia de 12 de mayo de 1997 sobre contratos en general de duración indefinida en nota 218.

ción al concedente de la distribución para el que ha venido actuando como tal pues, en definitiva, y aun cuando ya habrá conseguido su beneficio con el margen obtenido en la reventa de los productos, también el concedente indirectamente se habrá beneficiado económicamente de la clientela del distribuidor.

La premisa fundamental para dar adecuada respuesta al alcance de la eventual indemnización es examinar si el propio contrato ha previsto o no este extremo pues de haberse pactado expresamente un mecanismo indemnizatorio, será éste el que deberá aplicarse en virtud del siempre presente principio de la autonomía de la voluntad.<sup>105</sup>

Pero la práctica demuestra que no es fácil conseguir del concedente que se avenga a aceptar por escrito una cláusula indemnizatoria, por lo que la mayoría de contratos silencian este extremo; lo que ha llevado a la doctrina a plantearse si cabe o no aplicar por analogía los principios indemnizatorios que rigen para los agentes comerciales, que fueron examinados en el Capítulo anterior.

Puede ocurrir que la legislación interna que, por sumisión de las partes o por la técnica del reenvío legislativo, resulte aplicable al contrato, prevea un mecanismo indemnizatorio expreso para estos supuestos, pero ello constituye una excepción a la regla general de vacío legal en la materia.<sup>106</sup>

105. Así por ejemplo, en el modelo de contrato de distribución divulgado por la C.C.I.C. cuyo texto se incluye como Anexo de este Capítulo, se prevén en su Anexo XI una serie de pactos por los que se reconoce al distribuidor una indemnización equivalente al 50 % de su beneficio bruto anual conseguido de clientes captados por el o de clientes con los cuales haya incrementado significativamente el volumen de negocio, a calcular sobre el promedio de los últimos cinco años o, caso de haber durado un período inferior, sobre el promedio de los años de duración.

106. Excepción a esta regla es la Ley belga de 27 de julio de 1961, modificada por Ley de 13 de abril de 1971, que prevé el pago de una indemnización a determinar por las partes en el momento de la renuncia del contrato, salvo en caso de falta grave (art. 2), y de una indemnización equitativa complementaria si el contrato es resuelto por el concedente por motivos diversos de la culpa grave del concesionario o si este último pone término al contrato por culpa grave del concedente (art. 3). Esta indemnización se calcula en función de los siguientes elementos:

- 1) Sensible aumento del valor de la clientela aportada por el concesionario y que es adquirida por el concedente después de la resolución del contrato.
- 2) Los gastos que el concesionario ha afrontado por la explotación de la concesión y que vayan en ventaja del concedente después de la resolución del contrato.
- 3) La indemnización que el concesionario deba al personal que venga obligado a despedir tras la resolución del contrato.

También contemplan el pago de compensaciones económicas al distribuidor las legislaciones de Líbano y Panamá, siendo en el resto de países la Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia la que se ha pronunciado en algunos casos a favor de compensar al distribuidor por las pérdidas sufridas, unas veces por extensión analógica de la «in-

Un amplio sector doctrinal europeo se inclina por extender al distribuidor el régimen indemnizatorio previsto para los agentes comerciales en la Directiva 86/653 analizada extensamente en el Capítulo anterior, si bien las soluciones aportadas por la Jurisprudencia extranjera no son uniformes.<sup>107</sup>

Pese a la clara distinción que actualmente existe entre el contrato de agencia y el de distribución, a veces se producen casos de rescisión unilateral que colocan al distribuidor en una posición similar a la del agente al que se le rescinde el contrato.

demnización por clientela» prevista para los agentes comerciales (Alemania), y otras por la regla general de resarcir daños y perjuicios caso de incumplimiento del concedente (Francia, Canadá, Noruega).

107. Una amplia exposición sobre el tema se contiene en la obra de F. Martínez Sanz citada en la nota 32. Según dicho autor se aprecia un claro contraste entre aquellos ordenamientos en que la cuestión ha sido objeto de un adecuado tratamiento (básicamente Alemania), y el resto de los países, en los cuales el tema se aborda de manera incidental y claramente insuficiente. Así, por ejemplo, en Italia predomina entre los autores una postura adversa a la extensión analógica. Será el mercado, se afirma, el que decida: aquellos clientes que, ante todo, acudían al concesionario atraídos por el producto, acudirán en el futuro al nuevo distribuidor; por contra, quienes adquiriesen los productos en un determinado concesionario seducidos por sus especiales condiciones profesionales, eficiencia, honradez, u otras, seguirán siendo clientes de dicho concesionario, aunque en el futuro distribuya productos similares de ser de utilidad. Por su parte, la situación que se deriva de la experiencia francesa dista de ser de utilidad. En efecto, si de una parte se niega que la relación entre concedente y concesionario pueda calificarse «a diferencia de lo que sucede con la agencia» como «mandato de interés común», de otra se ha ensavado, si bien de forma vacilante, la atribución al concesionario de un derecho a indemnización por resolución «abusiva» del contrato. Esta forma de indemnización —que se sitúa en la base del sistema francés del contrato de agencia— se diferencia notablemente, tanto en sus presupuestos, como en su contenido, de la compensación por clientela. Difícilmente pueden, por tanto, extraerse de la realidad francesa argumentos seguros para la discusión en torno a la extensión analógica a los concesionarios de la indemnización por clientela.

En países en que la discusión ha tenido ocasión de plantearse sobre la base de una auténtica compensación por clientela, el panorama es asimismo confuso. En Holanda, los escasos pronunciamientos doctrinales son de signo diverso. Recientemente se ha avanzado, entre los autores portugueses, una postura moderadamente favorable a estimar aplicables al contrato de concesión, por vía de analogía, las normas dispuestas en sede de agencia. Con especial claridad se revelaría esta «vocación analógica» en el momento extintivo de la relación, singularmente por cuanto respecta a la indemnización por clientela. Por otra parte, y siempre dentro de este último ordenamiento, no cabe desconocer cómo el propio Decreto-Ley n.º 178/1986, de 3 de julio, sobre el régimen del contrato de agencia, ya pone de relieve esta potencialidad del régimen de la agencia para aplicarse al contrato de concesión, siempre y cuando pueda aislarse la analogía (Preambulo, n.º 4, i.f.). En nuestro Derecho, la cuestión analizada ha merecido, hasta la fecha, tan sólo un tratamiento marginal por parte de la doctrina, circunstancia ésta que no debe extrañar, habida cuenta de la propia atipicidad del contrato de agencia hasta la promulgación de la Ley 12/1992.

Piénsese, por ejemplo, en el supuesto harto frecuente de firmas multinacionales que, habiendo operado hasta un determinado momento a través de distribuidores, deciden sustituir a éstos por sus propias filiales. El prestigio de la marca distribuida comportará normalmente que los clientes sigan comprando al nuevo distribuidor-filial en vez de al distribuidor sustituido.

En España la Jurisprudencia recaída en casos anteriores a la publicación de la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia ha sido vacilante y, en algunos casos, confusa en cuanto a la distinción entre ambas figuras, si bien ha sido bastante uniforme en cuanto al principio de sólo reconocer alguna indemnización al distribuidor en casos de incumplimiento contractual, mala fe, abuso o arbitrariedad en la rescisión del contrato por parte del concedente, sin entrar en consideraciones sobre los efectos negativos que para el distribuidor puede producir la simple terminación por vencimiento del plazo contractual o de sus prórrogas, habiendo incluso denegado todo resarcimiento en estos últimos supuestos.<sup>108</sup>

Consecuentemente, la indemnización del distribuidor se ha venido vinculando en nuestra Jurisprudencia al incumplimiento del contrato por parte del concedente de la exclusiva (falta de preaviso si se pactó, vulneración de la exclusiva) o bien a arbitrariedad, abuso o mala fe, basando siempre el derecho indemnizatorio en el principio general del artículo 1.101 del Código Civil de tener que resarcir la parte inculpidora los daños y perjuicios ocasionados a la otra parte.<sup>109</sup>

Sin embargo, la Jurisprudencia más reciente ha iniciado una clara tendencia a reconocer al distribuidor indemnizaciones inspiradas en los mismos principios que la «indemnización por clientela» prevista en la legislación comunitaria para la terminación del contrato de agencia,<sup>110</sup> aunque ello no autoriza, sin más, a admitir la aplicación

108. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1973 y 17 de diciembre de 1973, entre otras.

109. En tal sentido se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencias de 11 de febrero de 1984, 16 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1990, 21 de diciembre de 1992, 16 de octubre de 1995, 17 de octubre de 1995, y demás Sentencias invocadas en éstas.

110. Prescindiendo de Sentencias sobre contratos celebrados con anterioridad a la Ley 12/1992 en las que no se perfilaba con claridad si se trataba de auténticos contratos de distribución exclusiva o de agencia exclusiva, como las de 22 de marzo de 1988 o 27 de mayo de 1993, en posterior Sentencia de 18 de diciembre de 1995 invoca el Tribunal Supremo los derechos del concesionario derivados de la instalación comercial constituida, infraestructuras, clientela, almacenaje y acumulación de

subsidiaria a todos los contratos de distribución de las mismas reglas que se aplican al contrato de agencia, al no estar así previsto legalmente.

Deberán ser pues los Tribunales los que establezcan en cada caso el alcance de los daños y perjuicios derivados para el distribuidor como consecuencia de la resolución del contrato de distribución que, lógicamente, no será igual si aquél ha efectuado inversiones importantes en infraestructuras, instalaciones comerciales, *stocks* de mercancías o publicidad,<sup>111</sup> que si no las ha hecho, siendo también los mismos Tribunales los que deberán decidir si procede o no reconocer al distribuidor sustituido una posible «indemnización por clientela» caso de que ésta sea asumida por el concedente directamente o por el nuevo distribuidor, en su caso, bien por aplicación analógica de lo dispuesto en la normativa aplicable al contrato de agencia, bien en evitación del «enriquecimiento injusto» que tal asunción de clientela podría representar.

mercancías que no pueden ser marginados y menos avasallados; y más recientemente en Sentencia de 14 de febrero de 1997, en que, con ocasión de una rescisión unilateral de un contrato indefinido por el concedente de la exclusiva, sin mediar incumplimiento del distribuidor, justificó el Tribunal la indemnización de éste tomando en consideración que el concedente «puede aprovechar la clientela por aquélla creada y ello podría producirle un enriquecimiento injusto, y que se han producido inversiones y contratación de personal», terminando con la afirmación de que constituye una firme garantía el inspirarse en la Directiva 86/653 y en la Ley 12/1992 de 27 de mayo sobre contrato de agencia que «no se aplica de modo directo sino en cuanto inspiradora de criterios interpretativos».

En posterior Sentencia de 15 de noviembre de 1997 el propio Tribunal Supremo, si bien ha reconocido expresamente la inaplicación al contrato de distribución de las normas previstas en la Directiva 86/653 sobre Agentes Comerciales, ha confirmado el carácter inspirador de la misma a la hora de fijar el «quantum» indemnizatorio, reiterando que no pueda excluirse la indemnización si se produce una resolución abusiva del vínculo, pues «el hecho de ostentar una concesión durante largo tiempo lleva consigo ineludiblemente la creación de una clientela de la que, si la denuncia unilateral del contrato efectuada por el empresario lo es sin justa causa, se aprovechará la sucesora de la original concedente y, por tanto, procede acordar la compensación pecuniaria».

111. En tal sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de diciembre de 1995 citada en nota anterior; y también la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11) en Sentencia de 31 de enero de 1997, en que se reconoce el derecho a ser compensado de la inversión en publicidad efectuada por el distribuidor. Especialmente interesante es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 2 de diciembre de 1997 que reconoce al concesionario sustituido no sólo una indemnización por clientela, basada en su remuneración bruta anual, sino otras indemnizaciones por publicidad efectuada, por resolución de los contratos laborales y por lucro cesante, obligando, además, a la concedente a la recompra del *stock* de piezas y recambios.

## 5. Pautas para la formalización de un contrato internacional de distribución

Al igual que hicimos a propósito del contrato de agencia (ver apartado 7 del Capítulo anterior), no está de más facilitar una serie de recomendaciones prácticas para la formalización de un contrato de distribución, antes de ofrecer el modelo de este tipo de contrato elaborado por la Cámara de Comercio Internacional que se reproduce en Anexo al presente Capítulo.

En cuanto a la selección del distribuidor adecuado pueden aplicarse los mismos criterios expuestos a propósito de la selección del agente comercial; aunque ponderando, lógicamente, el distinto papel que uno y otro desempeñan a tenor de todo lo hasta aquí expuesto; lo que debe conllevar una investigación mayor respecto a la solvencia económica del distribuidor pues será él, no sus clientes, quien, en definitiva, deberá pagar el precio de las mercancías al concedente de la distribución, cuestión ésta que deberá tenerse muy en cuenta a la hora de fijar las condiciones de pago de las sucesivas ventas que a dicho distribuidor se realicen.

Por lo que respecta a las precauciones y cláusulas básicas del contrato, también son de aplicación al contrato de distribución las prevenciones hechas respecto al contrato de agencia en cuanto a la conveniencia de dar forma escrita al mismo, pese a no poderlo exigir el distribuidor y si el agente, identificando claramente las partes, fecha y lugar de su celebración; ámbito territorial y productos a los que va a referirse el contrato; funciones del distribuidor; carácter exclusivo o no de la distribución concedida y compromiso de no competencia; organización de ventas y objetivos mínimos a conseguir; intercambio de información entre ambas partes; duración del contrato, posibles prórrogas, necesidad de preaviso para su terminación y causas de incumplimiento que justifiquen la resolución anticipada.

Dadas las especiales características del contrato de distribución, no concurrentes en el de agencia comercial, debe prestarse especial atención a los siguientes aspectos:

a) Condiciones de compra de los productos que posteriormente deban ser revendidos por el distribuidor, incluyendo tal como se propone en el modelo de contrato de la C.C.I. unido como Anexo al presente Capítulo (ver artículo 7.3 y Anexo VI de dicho modelo), unas condiciones generales por las que se regirán dichas compras, así como margen de descuento que deberá aplicar el concedente al distribuidor sobre los precios estipulados para dichos productos. Dada



la condición de comprador de todo distribuidor, y, por tanto, parte en sucesivos contratos de compra-venta, deben ser de observancia los pactos imprescindibles en dichos contratos, en especial, condiciones de entrega, forma y plazo de pago, periodo de garantía concedido a los productos, reserva de dominio en su caso, y normativa aplicable a los mismos, siendo aconsejable la sumisión a lo dispuesto en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compra-venta internacional de mercaderías.<sup>112</sup>

b) Efectos de la terminación del contrato de distribución, previendo expresamente si habrá o no lugar a indemnización por clientela y modo de calcular, en su caso, el importe de la misma o, simplemente, excluyendo expresamente dicho tipo de indemnización. Ambas alternativas son contempladas en el modelo de contrato de la C.C.I. unido como Anexo al presente Capítulo, en su artículo 20 y Anexo XI (ver nota 105).

c) Servicios post-venta, de reparaciones y garantías que deba prestar el distribuidor, y nivel de *stocks* y de piezas de recambio, en su caso, que deberá tener disponibles (ver Anexos VIII y IX del modelo de contrato de la C.C.I. unido como Anexo al presente Capítulo).

d) Product liability, o consecuencias que puedan derivarse para el distribuidor y, por derivación, para el fabricante, por eventuales daños causados por los productos si resultan defectuosos, pactando la obligación de contratar aquél un seguro de responsabilidad civil en el país de importación de tales productos.

e) Legislación aplicable al contrato, que será distinta de la aplicable a las sucesivas operaciones de compra-venta que se formalicen entre concedente y distribuidor. Según se dijo a propósito del contrato de agencia (ver apartado 7.2 del Capítulo anterior), las partes pueden elegir libremente la ley aplicable, pero, a diferencia de lo que ocurre en dicho contrato, y según también se ha dicho, la mayoría de países (ver nota 70) carecen de normativa específica sobre el contrato de distribución,<sup>113</sup> siendo la Jurisprudencia la que se ha encargado de llenar tales lagunas, que es lo sucedido en España.

112. Sobre esta materia, incluyendo un amplio comentario de la Convención de Viena puede consultarse la obra de esta misma Editorial de E. Guardiola Sacarrera «La Compra-venta Internacional. Importaciones y Exportaciones». Barcelona, 1994.

113. Excepcionalmente, la ley belga de 27 de julio de 1961, modificada por Ley de 13 de abril de 1971 establece en su artículo 4 una norma imperativa tanto en lo relativo a Ley aplicable como respecto a Jurisdicción competente: «El concesionario perjudicado, en la hipótesis de resolución de una concesión de venta que produce sus efectos en todo o parte del territorio belga, puede en cada caso citar al concedente en Bélgica,

Por otro lado, la ausencia de pacto sobre ley aplicable puede conducir a la aplicación de la ley del país donde desarrolle el distribuidor sus funciones, por las mismas razones expuestas en relación al contrato de agencia (ver nota 58), que es la que normalmente aplicará un Juez local si la demanda se presenta ante la Jurisdicción del país del distribuidor. De ahí que, al igual que para el contrato de agencia, la Cámara de Comercio Internacional, en el modelo de contrato de distribución que ha divulgado<sup>114</sup> y que se reproduce como Anexo de este Capítulo, recomiende una solución similar a la utilizada para el contrato de agencia, esto es, la sumisión a los principios generales legales generalmente reconocidos en el comercio internacional como aplicables a los contratos de distribución, con exclusión de las leyes nacionales.

En todo caso, deberán ser de observancia las normas reguladoras de la libre competencia, o normas anti-trust, que, con un grado de rigor similar a las de la Comunidad Europea, existen en la mayoría de países industrializados, por lo que deberá tenerse sumo cuidado al redactar el contrato de no vulnerar dichas normas, consultando, si es preciso, a un experto local sobre la validez o adecuación a las mismas de un determinado pacto contractual.

Si el contrato afecta sustancialmente al comercio entre Estados miembros de la C.E., deben observarse las reglas de la competencia comunitarias examinadas en el apartado 3 de este Capítulo y, caso contrario, las normas internas sobre la materia, representadas en España por la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia, Real Decreto 157/1992 de 21 de febrero que contempla la exención de los contratos de distribución exclusiva y compra exclusiva si cumplen las disposiciones de los Reglamentos comunitarios 1983/83 y 1984/83 anteriormente comentados, y Real Decreto 295/1988 de 27 de febrero, que establece los organismos competentes para la aplicación de las reglas europeas en la materia.

sea ante el Juez del propio domicilio o sea ante el de la sede del concedente. En el caso de que la divergencia se lleve ante los Tribunales belgas, éstos aplicarán exclusivamente la ley belga».

Según el artículo 6: «Las disposiciones de la presente Ley son aplicables no obstante cualquier pacto en contrario estipulado antes del fin del contrato que confiere la concesión».

De todos modos, al ser Bélgica país que ha ratificado el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, caso de haberse pactado la sumisión al Tribunal de otro Estado miembro de la C.E. dicho Tribunal será el único competente a tenor del artículo 17.

114. Publicación n.º 518 de la C.C.I. (artículo 22). Ver también la publicación n.º 441 «Guía para la redacción de contratos de distribución internacional».

f) Solución de controversias, eligiendo la vía judicial o el arbitraje, aunque deban formularse aquí también las prevenciones que, a propósito de esta cuestión se hicieron al tratar del contrato de agencia, toda vez que pueden existir algunas legislaciones internas que, también para protección del distribuidor, excluyan toda posibilidad de sumisión a Tribunales que no sean los de su domicilio o los de la sede en donde realice su actividad, aunque, dada la excepcionalidad de las legislaciones que así lo establecen (ver nota 113), cabe recomendar la sumisión a arbitraje como forma de solucionar controversias derivadas del contrato, cualquiera que sea el país a que pertenezcan las partes contratantes, debido a las ventajas que, en general, ofrece este procedimiento respecto a la vía judicial en la solución de conflictos internacionales, básicamente el gran número de países, entre ellos España, que han ratificado en la actualidad los Convenios Internacionales en materia arbitral, singularmente la Convención sobre reconocimiento y ejecución de Sentencias arbitrales extranjeras suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958.

## ANEXO

## MODELO DE LA C.C.I. DE CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN INTERNACIONAL

Se reproduce como Anexo al Capítulo 3 el modelo que la Cámara de Comercio Internacional ha elaborado del contrato de distribución o concesión, al que considera en su prefacio como medio más utilizado, junto con el de agencia comercial, para organizar la distribución de bienes en un país extranjero.

Dada la gran profusión de modelos contractuales ofrecidos tanto por Instituciones como por asesores y autores de publicaciones sobre el tema, se ha optado por reproducir esta versión, con la previa autorización del Comité español de la C.C.I., dado el prestigio internacional de ésta y de los integrantes del Grupo de Trabajo que, en el seno de la Comisión de Prácticas Comerciales de la C.C.I., elaboraron este modelo, actualmente muy utilizado a nivel internacional, al igual que el reproducido como Anexo II al Capítulo 2 sobre Agencia Internacional.

Del texto completo, editado por la C.C.I. en varios idiomas como publicación n.º 518, se reproducen en esta obra únicamente las aclaraciones de la propia C.C.I. contenidas a modo de Introducción, y la versión española del modelo de Contrato y sus anexos, transcribiendo las notas a pie de página que constan en dicha publicación n.º 518.

## INTRODUCCIÓN

## 1. Un modelo uniforme para el comercio internacional

Una de las principales dificultades que encuentran los operadores del comercio internacional, cuando negocian un contrato de concesión de venta para el extranjero, consiste en la falta de normas uniformes destinadas a disciplinar este tipo de contrato. En muchos países, los contratos de concesión de venta no están regulados por especiales normas del derecho,<sup>1</sup> y donde tales normas han sido elaboradas por la jurisprudencia, las sentencias se refieren genéricamente a concesionarios que operan como revendedores a nivel local, con la consecuencia de que los principios del derecho asentados en tales sentencias se demuestran a menudo inadecuados para ser aplicados a los contratos internacionales con concesionarios-importadores.

A nivel internacional se han previsto algunas reglamentaciones, si bien las mismas se refieren esencialmente a las normas del derecho de libre competencia aplicables al contrato (por ejemplo, validez de ciertas cláusulas restrictivas como la exclusiva, como la restricción territorial, etc.) y no a la disciplina de los derechos y de las obligaciones de las partes.

1. Existen todavía muchas excepciones a esta regla: Bélgica, por ejemplo, es una excepción (véase la ley de 27 de julio de 1961 modificada por la ley de 13 de abril de 1971). Para más detalles, véase el párrafo 5 de la Introducción y la «Guía para la redacción de contratos internacionales de distribución» (Publicación de la C.C.I., n.º 441).

Esto significa que los contratantes deben principalmente confiar en las disposiciones que ellos mismos convengan en el contrato. Por tanto el contenido de tales disposiciones contractuales debe ser evaluado por las partes con mucha atención.

Mediante la presente publicación, la C.C.I. se propone ofrecer a los operadores implicados en el comercio internacional un modelo de normas contractuales uniformes que se avengan a la práctica prevalente en el comercio internacional.

Al elaborar el presente modelo, el Grupo de Trabajo de la C.C.I. ha buscado encontrar soluciones que aseguren un equilibrio entre los intereses de los suministradores y los de concesionarios-importadores. En otras palabras, 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.

Por tal razón, cuando las partes deseen asegurarse una mayor tutela de los propios intereses, podrán utilizar los eventuales modelos de contrato preparados por las respectivas categorías de pertenencia, es decir, según los casos por los suministradores-exportadores o por los distribuidores-importadores.

## 2. Ámbito de aplicación

Este modelo de contrato está destinado a ser aplicado, en principio, sólo para la redacción de contratos internacionales, es decir, a aquellos únicos casos en los cuales el concesionario actúe como adquirente-revendedor y como importador para la organización de la distribución de los productos en el territorio a tal fin confiado.

### 2.1. Contratos internacionales

El presente contrato está concebido especialmente para contratos de carácter internacional, y por lo tanto no es apropiado para contratos puramente domésticos, es decir, contratos entre partes que tengan la sede de sus actividades comerciales en un mismo país. Este modelo no debería pues utilizarse en contratos que no presenten elementos internacionales, a menos que verifiquen qué enmiendas cabe hacer para ajustarlo a una situación local.

### 2.2. Comprador-revendedor

Este modelo no contempla los contratos entre mandantes y agentes comerciales. En efecto, el concesionario-distribuidor no es un intermediario o corredor, sino un adquirente-revendedor que adquiere las mercancías para su puesta en venta en nombre y por cuenta propia, aunque a menudo en la práctica comercial, al concesionario-distribuidor se le califique de «agente».

2. Estos acuerdos están previstos en el modelo C.C.I. de contrato de agencia comercial (Publicación de la C.C.I. n.º 496).

Un problema diferente se plantea cuando, en el marco de un contrato de agencia comercial, el agente actúa también como intermediario, asumiendo así la doble función de concesionario-distribuidor y de agente. Esta situación se contempla en el punto 3.4.

### 2.3. Concesionario-mayorista/importador

Este modelo regula las actividades de los concesionarios-distribuidores que revenden a profesionales, es decir a concesionarios-distribuidores responsables de la distribución de los productos del Suministrador en el territorio total o parcial de un país. En consecuencia, este modelo no conviene para los concesionarios-distribuidores minoristas, aunque un gran número de cláusulas de este modelo sean compatibles con esta situación.

### 2.4. La responsabilidad por los productos

El Grupo de Trabajo decidió no incluir cláusula alguna relativa a la responsabilidad por los productos. En efecto, los problemas que plantea esta cuestión (en particular, la posibilidad de limitar o de extender la responsabilidad, respectivamente del Suministrador o del concesionario-distribuidor, por el juego de las cláusulas de exoneración o de garantía) son complejos y su solución depende de la ley aplicable al contrato, ley cuyo contenido difiere a veces enormemente de un país a otro.

Las partes deberán suscribir una póliza de seguro para cubrir esta responsabilidad.

## 3. ¿Qué es un concesionario-distribuidor?

El término utilizado más frecuentemente para este contrato tipo es «Distributorship», en inglés, «Concession commerciale» o «Concession de ventes», en francés, «Vertragshändlervertrag» o «Eigenhändlervertrag», en alemán. En la práctica, sin embargo, las palabras «agente» o «agente general» se emplean igualmente aunque éstas puedan tener otro significado jurídicamente. Los términos «importador» o «importador general» se utilizan a veces para designar un Concesionario-Distribuidor responsable de la organización de una red de distribución en un país.

El Concesionario-Distribuidor no es simplemente un revendedor; queda estrechamente vinculado al Suministrador.

En este sentido, conviene enumerar las características siguientes:

a) en su calidad de revendedor, el Concesionario-Distribuidor se encarga del desarrollo u organización de la distribución en el territorio a tal fin confiado;

3. Para este problema nos remitimos a la Directiva comunitaria n.º 85/374 de 27 de julio de 1985 en vigor en la mayoría de Estados de la CEE. De acuerdo con la Directiva, una persona que, en el ámbito normal de su actividad comercial, importa en la CEE un producto para su distribución queda sometida a la responsabilidad que incumbe al productor.

- b) el Suministrador concede al Concesionario-Distribuidor una posición privilegiada en el territorio: se trata generalmente del derecho exclusivo de comprar los productos del Suministrador;
- c) la relación contractual debe ser de larga duración y en ella se establecen las condiciones para una colaboración que, por definición, no puede ser esporádica;
- d) la relación genera una obligación estricta de lealtad entre las partes, y en consecuencia el Suministrador debe abstenerse de vender productos competitivos;
- e) el Concesionario-Distribuidor distribuye siempre, en principio, productos de marca.

#### 4. Contrato de concesión comercial y contrato de venta

El contrato de concesión comercial (o de distribución) exige por definición que las partes concluyan entre ellas contratos de venta. Por ello, éstas deberán ponerse de acuerdo sobre aquellos aspectos que se refieren a su relación de comprador-vendedor, y en particular, los precios, las condiciones de pago, las garantías, etc. Generalmente estas cuestiones se resuelven por la vía de las condiciones generales de venta de una de las partes (normalmente aquellas del Suministrador: véase el artículo 7.2).

Sin embargo, algunas veces las partes prefieren incluir determinados aspectos de los contratos de venta en el mismo contrato de concesión comercial (o de distribución). Esto ocurre sobre todo cuando existen cuestiones que requieren disposiciones específicas (por ejemplo, las cláusulas que fijan los precios o los descuentos, las condiciones de pago, etc.). En estos casos, las reglas particulares que figuran en el contrato de concesión comercial (o de distribución) prevalecen en caso de contradicción con las condiciones generales de venta (véase el artículo 7.2).

#### 3. La ley aplicable

Este modelo se ha elaborado partiendo del principio de que debe regirse no por una legislación nacional específica sino sólo por las disposiciones del propio contrato y por los principios legales generalmente reconocidos en el comercio internacional como aplicables a los contratos de concesión de venta/distribución. El propósito de esta solución es asegurar que las normas de este modelo puedan aplicarse de forma uniforme a Suministradores y Concesionarios-Distribuidores de diferentes países, sin que ninguna de las partes quede aventajada con respecto a la otra por razón de la ley nacional aplicable.

Esta solución, al evitar las particularidades de las leyes nacionales, da a los árbitros un mayor poder de apreciación. En aquellos casos en que los términos del contrato no queden expresamente fijados por las cláusulas convencionales, los árbitros aplicarán los principios generales del derecho.

El grupo redactor de este proyecto considera, no obstante, que el peligro potencial que conlleva la aplicación de reglas generales y flexibles queda

compensado por una mayor seguridad jurídica resultante de un conjunto de reglas contractuales uniformes.

Esta seguridad reviste una importancia especial, teniendo en cuenta la multiplicidad de leyes nacionales divergentes, las cuales normalmente no contienen ninguna indicación útil referente a los problemas relacionados con los contratos internacionales de distribución. Sin embargo, si las partes desean que su contrato se rija por una legislación nacional específica, pueden recurrir a la alternativa expuesta en el artículo 22.2.B. En este caso, deben comprobar minuciosamente si este modelo se ajusta a las disposiciones imperativas de la legislación nacional que han elegido.

En cualquier caso, las partes tendrán en cuenta que la validez de la decisión arbitral, y la posibilidad de conseguir su ejecución, pueden depender de la aplicación por parte de los árbitros de ciertas disposiciones imperativas de una legislación nacional. Por lo tanto, las reglas imperativas no pueden ser completamente olvidadas.

#### 6. Estados en los que deben tomarse precauciones

Este modelo ha sido concebido para aportar una solución equilibrada a los problemas que puedan surgir con motivo de un contrato de concesión comercial (o de distribución). Sin embargo, en casos excepcionales, este modelo puede ser contrario a las leyes nacionales que protejan al Concesionario-Distribuidor.

Este podría ser el caso, por ejemplo, de Bélgica, Líbano y algunos países de América Central o de Oriente Medio, en los que las partes deberían recurrir a un experto antes de utilizar este contrato.

Puede también ocurrir que la protección acordada al Concesionario-Distribuidor por la legislación nacional implique que la jurisdicción ordinaria del país de éste sea competente para resolver las posibles desavenencias, y en consecuencia esto dejaría sin efecto la cláusula de arbitraje (véase párrafo 8).

#### 7. Derecho comunitario de libre competencia (y otros)

Algunas cláusulas propias de los contratos de concesión comercial (o de distribución) (en particular aquellas que limitan la libertad de contratar con terceros, de exportar productos, o de fijar precios de reventa) pueden ser contrarias a las disposiciones del derecho de la competencia.

En cuanto al derecho europeo, las cláusulas que pudieran ser contrarias al artículo 85 quedan exentas por el reglamento 1983/83: dicho reglamento concede una exención por categoría a los contratos que respeten las condi-

4. En cualquier caso, incluso si no se ha escogido ninguna ley nacional, según el artículo 22.3, los árbitros tendrán en cuenta las normas del país del Concesionario-Distribuidor, las cuales serán de aplicación independientemente de la ley aplicable (lo que se denomina «normas de policía»).

ciones que en él se establecen y que no contengan más cláusulas restrictivas de las que en él se enumeran.

Las cláusulas que figuran en el contrato modelo son, en principio, compatibles con las disposiciones europeas mencionadas. Sin embargo, ciertas cláusulas pueden ser inadecuadas cuando se trata con Concesionarios/Distribuidores establecidos fuera de la CEE: por ello, en algunos casos, se han propuesto soluciones alternativas que no son compatibles con las reglas comunitarias de competencia (véase artículo 11, 12 y 15.2). En estos casos, queda indicado claramente que estas soluciones no podrán ser utilizadas dentro de la CEE.

### 8. Recurso al arbitraje internacional

Dado que este modelo constituye un conjunto de normas contractuales uniformes, evitando (siempre que sea posible) la aplicación directa de legislaciones nacionales que entren en conflicto, es pertinente que las posibles disputas sean resueltas por un sistema resolutorio uniforme, organizado a nivel internacional.

Desde este punto de vista, la mejor solución parece ser el arbitraje comercial internacional (véase particularmente el artículo 22) que permite un enfoque verdaderamente internacional y evita el riesgo de diferenciación que surgiría en caso de recurso a tribunales nacionales.

Puesto que la posibilidad de recurrir al arbitraje constituye un elemento esencial en la estructura de este modelo, este modelo de contrato no debe utilizarse en aquellos casos en que la disputa pueda considerarse no arbitrable (es decir, cuando no sea susceptible de ser sometida a un arbitraje según la Convención de Nueva York de 1958). Este riesgo existe particularmente cuando las leyes nacionales, para proteger al Concesionario/Distribuidor (véase más arriba párrafo 6), prevén la competencia exclusiva de la jurisdicción nacional.<sup>5</sup>

### 9. Precauciones en el uso del modelo

Cualquier modelo de contrato debe adaptarse, en la medida de lo posible, a las circunstancias de un caso concreto.

Sin duda, la mejor solución, en teoría, es redactar un contrato individual, basado en modelos existentes, con el fin de tener en cuenta todos los requisitos específicos de las partes.

Sin embargo, las partes a menudo no se hallan en condiciones de elaborar un contrato específico y recurren a un modelo ya confeccionado que ofrezca soluciones equilibradas y que pueda ser utilizado tal cual, sin modificaciones ni adiciones. Este modelo intenta conseguir un equilibrio entre ambas partes.

5. Véase el régimen de los concesionarios/distribuidores en Bélgica.

El grupo de trabajo redactor de este modelo ha tratado de lograr una única solución para cada aspecto contemplado. Sin embargo, cuando esta elección única no ha sido posible (véase, por ejemplo, los artículos 11, 12, 15.3, 18, 20 y 22.2), se han propuesto alternativas. Estas soluciones alternativas se han presentado una al lado de otra bajo las letras A y B, con el fin de remarcar que sólo una de ellas puede aplicarse.

Antes de firmar el contrato, las partes deben decidir cuál de las soluciones alternativas escogen, y después cancelar la alternativa que no quieren aplicar.

En cualquier caso, el modelo prevé que si las partes no efectúan esta elección mediante la cancelación de una alternativa, se aplicará una de ellas automáticamente, de acuerdo con el artículo 23.1 del modelo.

Hay también una serie de puntos en que las partes deben hacer constar sus requerimientos: definición del territorio y los productos, productos no competitivos vendidos por el Concesionario/Distribuidor, reembolso de los gastos de publicidad, entrega, volumen de negocios mínimo garantizado, stock mínimo, comisión sobre las ventas, etc.

Todos estos puntos se han incluido en los Anexos a este documento, de manera que las partes pueden completar (en su caso) modificar dichos Anexos durante la vigencia del contrato sin necesidad de hacer cambios al texto básico del contrato.

Antes de firmar el contrato las partes deben cumplimentar los Anexos y suprimir, si cabe, las cláusulas que no necesiten.

Para evitar malentendidos, las partes, al firmar el contrato, deberán marcar sus iniciales en cada página, con el fin de cerciorarse de las modificaciones y soluciones alternativas que han acordado.

Los Anexos han sido interpretados en todos sus extremos, de forma que incluso en el caso de que las partes no cumplimenten algunos puntos se puede encontrar una solución dentro del mismo contrato.

### MODELO DE CONTRATO DE CONCESIÓN DE VENTA (IMPORTADOR-DISTRIBUIDOR EXCLUSIVO)

Entre: ..., con domicilio social en: ... (en adelante «el Suministrador»)  
y: ..., con domicilio social en: ... (en adelante «el Concesionario/Distribuidor»)

se conviene lo siguiente:

6. Las partes pueden incluir en el contrato un preámbulo en el que describirán los antecedentes de su relación, indicando por ejemplo que el contrato surge como consecuencia de una relación anterior.

**Artículo 1. Territorio y productos**

1.1. El Suministrador concede al Concesionario/Distribuidor, que a su vez acepta, el derecho exclusivo de comercializar y vender los productos enunciados en el Anexo I, párrafo 1 (en adelante, «los Productos») en el territorio definido en el Anexo I, párrafo 2 (en adelante, «el Territorio»).

1.2. Si el Suministrador decidiera vender cualquier otro producto en el Territorio, deberá informar de ello al Concesionario/Distribuidor para discutir la posibilidad de incluirlo entre los Productos definidos en el artículo 1.1. No se aplicará, sin embargo, esta obligación de informar al Concesionario/Distribuidor si, ante las características de los nuevos productos y la especialización de éste, no se considera probable que pueda asegurar la venta (por ejemplo, si se trata de productos de naturaleza totalmente distinta).

**Artículo 2. Buena fe y honradez**

2.1. En el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, las partes actuarán de buena fe y con total honradez.

2.2. Todas las disposiciones de este contrato, así como las declaraciones que puedan realizar las partes en relación a él, serán interpretadas de buena fe.

**Artículo 3. Obligaciones del Concesionario/Distribuidor**

3.1. El Concesionario/Distribuidor vende en nombre y por cuenta propia, en el Territorio, los Productos que le son suministrados por el Suministrador.

3.2. El Concesionario/Distribuidor se compromete a esforzarse por aumentar las ventas de los Productos en el Territorio, de acuerdo con la política de ventas del Suministrador y por defender los intereses de éste con la diligencia de un hombre de negocios responsable.

3.3. El Concesionario/Distribuidor no está autorizado para actuar en nombre y por cuenta del Suministrador, salvo autorización previa y expresa.

3.4. El Concesionario/Distribuidor puede transmitir al Suministrador, en caso de una venta directa, los asuntos en los que no desea comprar o vender. Dado que de este modo el Concesionario/Distribuidor ejerce su actividad en calidad de intermediario, éste recibirá una comisión, de acuerdo con el Anexo II, párrafo 1 (si ha sido cumplimentado), o según el acuerdo puntual de las partes, que será calculada y pagada conforme al Anexo II, párrafo 3. Queda expresamente convenido que el ejercicio de esta actividad de intermediario, en la medida que reviste un carácter accesorio, no modifica el régimen del Concesionario/Distribuidor, el cual conserva su carácter de comerciante independiente actuando en nombre y cuenta propia.

**Artículo 4. Compromiso de no competencia**

4.1. Sin la previa autorización escrita del Suministrador, el Concesionario/Distribuidor no podrá representar, fabricar, promocionar o vender en el

Territorio ningún tipo de producto competitivo mientras esté vigente el contrato.

4.2. El Concesionario/Distribuidor puede representar, fabricar, promocionar o vender productos que no sean competitivos<sup>1</sup> con los Productos, siempre y cuando informe de ello al Suministrador por adelantado. No obstante, no estará obligado a hacerlo si, teniendo en cuenta: i) las características de los productos que el Concesionario/Distribuidor desea vender; y ii) el campo de actividad del Suministrador para el que el Concesionario/Distribuidor desea trabajar, no es de esperar que ello afecte a los intereses del Suministrador.

4.3. El Concesionario/Distribuidor declara que en fecha en que se firma el contrato, el representa, fabrica, promociona o vende directa o indirectamente los Productos establecidos en el Anexo III.

**Artículo 5. Organización de ventas**

5.1. El Concesionario/Distribuidor dispondrá de una organización de ventas adecuada y, en su caso, de un servicio postventa; con los medios y el personal necesarios para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales en todo el Territorio.

5.2. Las partes podrán indicar en el Anexo IV los nombres de los clientes existentes en la fecha en que se firma el contrato.<sup>2</sup>

**Artículo 6. Publicidad y ferias**

6.1. Las partes deberán convenir por adelantado el programa publicitario para cada año. Toda operación publicitaria deberá ser conforme a la imagen del Suministrador y a su política comercial. El coste de la publicidad acordada se repartirá proporcionalmente entre las partes según el Anexo V (si ha

7. Por lo tanto, el Concesionario/Distribuidor es libre de representar otros productos competitivos en otros territorios. En algunas situaciones particulares (por ejemplo, en el caso en que la colaboración entre el Concesionario/Distribuidor y una empresa competidora del Suministrador pudiera poner en peligro la confianza entre las partes o la protección de la información confidencial) las partes pueden decidir extender el compromiso de no competencia más allá del territorio fijado en el contrato. Sin embargo, una cláusula de este tipo sería contraria a la exención por categoría prevista en el reglamento CEE 1983/83 (véase la introducción, párrafo 7).

8. En algunos casos, las partes podrían desear extender el compromiso de no competencia a la venta de productos no competitivos procedentes de un fabricante competidor del Suministrador. Una prohibición de este tipo se justifica en el caso en que la relación contractual entre el competidor y el Suministrador pudiese poner en peligro la confianza entre las partes o afectara la necesidad de proteger ciertas informaciones confidenciales. Sin embargo, dicha cláusula podría ser también contraria a la exención por categoría prevista en el reglamento CEE 1983/83 (véase la introducción, párrafo 7).

9. Las partes pueden especificar más detalladamente las obligaciones a las que están sujetas como por ejemplo, el tipo de local comercial, la cualificación del equipo técnico, el número de subcontratantes, etc. (Véase igualmente el artículo 14.2.)

10. Esta indicación se revela muy útil cuando es necesario evaluar la importancia de la clientela aportada por cada parte y ello especialmente en el contexto del artículo 20 (véase en las indemnizaciones en caso de rescisión).

sido cumplimentado); en el caso contrario, cada parte soportará los gastos en los que hayan incurrido.

6.2. Las partes convendrán la participación en ferias y exposiciones dentro del Territorio. Los costes de la participación del Concesionario/Distribuidor en dichas ferias y exposiciones se dividirá proporcionalmente entre las partes según el Anexo V, párrafo 2.

#### Artículo 7. Condiciones para el suministro. Precio

7.1. En principio, el Suministrador debe suministrar los Productos que le sean encargados siempre y cuando estén disponibles y que el pago de los mismos ofrezca suficientes garantías. El Suministrador no puede, sin embargo, rechazar injustificadamente los pedidos tramitados por el Concesionario/Distribuidor. En particular, el rechazo reiterado de pedidos contrario a la buena fe (por ejemplo, a los solos efectos de dificultar la actividad del Concesionario/Distribuidor) se considerará violación de las obligaciones contractuales por parte del Suministrador.

7.2. El Suministrador se compromete a esforzarse por satisfacer los pedidos que haya aceptado.

7.3. La venta de Productos al Concesionario/Distribuidor se registrará por las condiciones generales de venta del Suministrador, cuya versión actualmente en vigor, figura en el Anexo VI, párrafo 2, y por el Convenio de Naciones Unidas sobre los contratos de venta internacional de mercancías (Convenio de Viena de 11 de abril de 1980).<sup>11</sup> En caso de contradicción entre las condiciones generales y las disposiciones de este contrato, prevalecen estas últimas.

7.4. El precio que deberá pagar el Concesionario/Distribuidor será el que figure en la lista de precios en vigor en el momento en que el Suministrador<sup>12</sup> reciba el pedido, con los descuentos indicados en el Anexo VI, párrafo 2, salvo que exista acuerdo contrario, y los precios puedan ser modificados en todo momento, previo aviso de un mes.<sup>13</sup>

7.5. El Concesionario/Distribuidor se compromete a respetar estrictamente las condiciones de pago convenidas entre las partes.

11. La referencia al Convenio de Viena implica que incluso en el caso de que dicho Convenio no fuera de aplicación, porque por ejemplo, el contrato se rigiera por la ley de un estado que no hubiera ratificado el Convenio, éste se aplicará. Dado que el Convenio de Viena se concluyó expresamente para regular la venta internacional, esta solución parece ser la más apropiada.

12. Esta disposición que se refiere a una lista de precios en vigor, lo que significa que el precio no ha sido definitivamente fijado en el contrato, no será válida en algunos países como por ejemplo Francia.

13. Es frecuente que el Suministrador se reserve el derecho de modificar los precios previo aviso suficiente. Sin embargo, un abuso de esta facultad (por ejemplo, un aumento injustificado de precios frente a un único Concesionario/Distribuidor) puede ser contrario al artículo 2. Para evitar abusos de este tipo, las partes pueden convenir que se apliquen al Concesionario/Distribuidor las condiciones del cliente más favorecido.

7.6. Se conviene que los Productos suministrados son de propiedad del Suministrador hasta tanto éste "no haya recibido integralmente su pago.

#### Artículo 8. Objetivos de venta. Volumen de negocios mínimo garantizado<sup>13</sup>

8.1. Las partes pueden convenir anualmente los objetivos de ventas para el año siguiente.

8.2. Las partes se esforzarán al máximo por alcanzar los objetivos convenidos, aunque si no lo logran, no se considerará incumplimiento de contrato, a menos que sea debido a negligencia.

8.3. En el Anexo VII, las partes pueden convenir un Volumen de Negocios Mínimo y determinar las consecuencias de su incumplimiento.

#### Artículo 9. Subconcesionarios/Distribuidores o agentes<sup>14</sup>

9.1. El Concesionario/Distribuidor podrá contratar a Subconcesionarios/Distribuidores y agentes para la venta de los Productos en el Territorio, siempre que informe de ello, con antelación, al Suministrador.

9.2. El Concesionario/Distribuidor será responsable de sus Subconcesionarios/Distribuidores o agentes.

#### Artículo 10. Información para el Suministrador

10.1. El Concesionario/Distribuidor mantendrá al Suministrador puntualmente informado sobre sus actividades, las condiciones del mercado y el estado de la competencia dentro del Territorio y deberá atender cualquier solicitud razonable de información del Suministrador.

10.2. El Concesionario/Distribuidor mantendrá al Suministrador puntualmente informado sobre: 1) las leyes y normativas vigentes en el Territorio y que deban cumplir los Productos (por ejemplo, normas sobre importación, etiquetaje, características técnicas, requisitos de seguridad, etc.); 2) y, en la medida en que sean relevantes para el Suministrador, las leyes y normativas relativas a la actividad del Concesionario/Distribuidor.

14. La eficacia de esta cláusula depende de la ley aplicable en el país donde se sitúa la mercancía, y puede no ser válida en algún país. Para más información relativa a este punto, véase la publicación de la C.C.I. n.º 467 sobre las cláusulas de reserva de dominio.

15. Hay una diferencia entre los «Objetivos de Ventas» (8.1, 8.2) y el «Volumen de Negocios Mínimo garantizado» (8.3). El incumplimiento del primero no supone la rescisión del contrato, mientras que el incumplimiento del segundo puede suponer la rescisión del contrato. Si las partes desean llegar a un acuerdo sobre el «Volumen de Negocios Mínimo Garantizado», deberán cumplimentar el Anexo VII. Los objetivos perseguidos por las dos disposiciones son, pues, distintos.

16. Bajo ciertas circunstancias sería aconsejable añadir una cláusula en la que cada parte se comprometiera a no contratar Subconcesionarios/Distribuidores, agentes o empleados de la parte contraria.

17. En algunos casos, las partes pueden convenir que el Concesionario/Distribuidor no pueda contratar Subconcesionarios/Distribuidores o agentes sin el previo consentimiento del Suministrador. Esta posibilidad es probablemente contraria al reglamento CEE 1983/83 en la medida en que la libertad del Concesionario/Distribuidor de organizar su red de ventas queda limitada.

**Artículo 11. Precio de reventa****A**

El Concesionario/Distribuidor es libre de fijar el precio de reventa de los Productos.

El Concesionario/Distribuidor no aplicará ninguna política de precios que pudiera perjudicar la imagen de los Productos.

**Artículo 12. Venta fuera del Territorio****A**

El Concesionario/Distribuidor se compromete a no dar publicidad a los Productos y a no crear sucursales ni establecer depósitos para distribuir los Productos fuera del Territorio.

**Artículo 13. Marcas registradas y símbolos del Suministrador**

13.1. El Concesionario/Distribuidor utilizará las marcas comerciales, los nombres registrados y otros símbolos del Suministrador sólo a los únicos efectos de identificar y promocionar los Productos dentro del alcance de su contrato y en interés exclusivo del Suministrador.

13.2. El Concesionario/Distribuidor se compromete a no registrar ni solicitar el registro de ningún nombre, marca comercial o símbolos del Suministrador (o de otros similares que induzcan a confusión con los del Suministrador), en el Territorio o en cualquier otro lugar.

13.3. El derecho de uso de las marcas comerciales, nombres registrados y símbolos del Suministrador, según lo estipulado en el párrafo 1 de este artículo, cesará de inmediato para el Concesionario/Distribuidor en el momento de rescisión o resolución de este contrato por cualquiera motivos. No obstante, incluso una vez expirado el contrato, el Concesionario/Distribuidor conserva el derecho de vender los productos que le queden almacenados con la marca del Suministrador.

18. Esta disposición es contraria al derecho europeo de la competencia así como a las leyes de muchos países industrializados. Antes de utilizar la hipótesis B, es aconsejable que las partes comprueben si es conforme a las disposiciones imperativas vigentes en los países implicados.

19. Esta cláusula es conforme al artículo 2.2. c) del Reglamento 1983/83 y es de aplicación en la CEE.

20. Esta alternativa es contraria al derecho de la CEE de la competencia y, en consecuencia, debe evitarse en aquellos contratos concluidos con Concesionarios/Distribuidores establecidos en la Comunidad Europea.

**B<sup>''</sup> NO SE APLICA EN LA CEE**

El Concesionario/Distribuidor se compromete a respetar los precios de reventa fijados por el Suministrador e impone dichos precios a sus propios compradores-vendedores.

**B<sup>''</sup> NO SE APLICA EN LA CEE**

El Concesionario/Distribuidor se abstendrá de vender los Productos a clientes establecidos fuera del Territorio o a clientes que puedan parecerle susceptibles de vender los Productos fuera del Territorio.

13.4. El Concesionario/Distribuidor notificará al Suministrador cualquier violación que llegue a su conocimiento de las marcas o nombres comerciales u otros símbolos o derecho de propiedad industrial, propiedad del Suministrador.

**Artículo 14. Almacenaje de productos y piezas de recambio. Servicio post-venta**

14.1. El Concesionario/Distribuidor se compromete a mantener durante el periodo de vigencia de este contrato, una cantidad de Productos almacenados y de piezas de recambio suficientemente importante para cubrir las necesidades normales en el Territorio y, en cualquier caso, correspondiente a las cifras que se indican en el Anexo VIII.

14.2. El Concesionario/Distribuidor se compromete a asegurar un servicio postventa, según los términos y las condiciones previstas en el anexo IX, siempre y cuando éste haya sido cumplimentado.

**Artículo 15. Distribución exclusiva**

15.1. Durante el periodo de vigencia de este contrato, el Suministrador no otorgará a ninguna otra persona o empresa (incluso filiales) el derecho de representar o vender los Productos dentro del Territorio. Además, el Suministrador se abstendrá de vender a clientes establecidos dentro del Territorio, salvo que se cumplan las disposiciones del artículo 16.

**A**

15.2. El Suministrador podrá vender los Productos a clientes establecidos fuera del Territorio, incluso cuando éstos tengan la intención de reexportarlos hacia el Territorio. Sin embargo, el Suministrador no podrá solicitar expresamente a sus clientes que realicen por otros medios dichas ventas a terceros, con objeto de eludir la obligación de exclusividad prevista en el primer párrafo de este artículo.

**B<sup>''</sup> NO SE APLICA EN LA CEE**

15.2. El Suministrador se abstendrá de vender los Productos a compradores de fuera del Territorio si sabe o debiera saber que estos compradores tienen intención de vender dichos productos en el Territorio.

El Suministrador impone a sus Concesionarios / Distribuidores la obligación prevista en este párrafo.

**Artículo 16. Venta directa**

16.1. El Suministrador tendrá derecho a tratar directamente con los clientes que figuran en la lista del Anexo II, párrafo 2. Respecto a las ventas efectuadas a estos clientes, el Concesionario/Distribuidor tiene derecho a la

21. Esta hipótesis es contraria al Derecho europeo de la competencia y debe ser, por ello, excluida de los contratos concluidos con Concesionarios/Distribuidores de la CEE, así como con Concesionarios/Distribuidores establecidos fuera de la CEE cuando exista el riesgo de que puedan vender los productos dentro del territorio comunitario.



comisión prevista en el Anexo II, párrafo 2. Este artículo no será aplicable si el párrafo 2 del Anexo II no ha sido cumplimentado.

16.2. Cuando el Concesionario/Distribuidor tenga derecho a percibir una comisión, ésta será calculada y pagada según lo establecido en el Anexo II, párrafo 3.

#### Artículo 17. Información para el Concesionario/Distribuidor.

17.1. El suministrador proporcionará al Concesionario/Distribuidor toda la información necesaria relacionada con los Productos (catálogo, etc.) para que el Concesionario/Distribuidor pueda cumplir con las obligaciones dimanantes de este contrato. Al finalizar el contrato, el Concesionario/Distribuidor restituirá al Suministrador todos los documentos que le fueron proporcionados y que estaban en su posesión.

17.2. El Suministrador comunicará al Concesionario/Distribuidor cualquier otra información necesaria para que pueda cumplir sus obligaciones, incluso y sin reserva alguna, cuando se trate de información relativa a una posible reducción de sus capacidades de suministro.

17.3. El Suministrador mantendrá al Concesionario/Distribuidor informado de cualquier novedad pertinente relacionada con los clientes del Territorio.

#### Artículo 18. Duración del contrato.

A

18.1. El presente contrato se establece por periodo indefinido y entrará en vigor el

...

A

18.2. El contrato podrá ser resuelto por cualquiera de las partes mediante notificación por escrito que garantice confirmación de recepción con fecha (carta certificada con acuse de recibo, mensajería especial) con una antelación no inferior a cuatro meses. Si el contrato ha durado más de cinco años, el plazo de notificación previa será de seis meses. El final del plazo de notificación previa coincidirá con el final de un mes natural.<sup>22</sup>

22. Esta solución puede elegirse cuando las partes deseen tener un periodo de prueba. Si después de este periodo, las partes desean que el contrato tenga una duración indefinida, deberán modificar el artículo 20.2.

23. Las partes podrán convenir plazos de notificación previa a mayores o inferiores. Es aconsejable que el plazo sea suficientemente largo para que las partes puedan

B<sup>23</sup>

18.1. El presente contrato entra en vigor el día:

...

y terminará el día:

...

B

18.2. El contrato se renovará automáticamente por periodos sucesivos de un año, a no ser que alguna de las partes lo resuelva mediante notificación por escrito que garantice confirmación de recepción con fecha (carta certificada con acuse de recibo, mensajería especial, etc.) con una antelación no inferior a cuatro meses. Si el contrato ha durado más de cinco años, el plazo de notificación previa será de seis meses.

#### Artículo 19. Resolución anticipada

19.1. Cualquiera de las partes podrá resolver este contrato con efectos inmediatos mediante notificación por escrito que garantice confirmación de recepción (carta certificada con acuse de recibo, mensajería especial), en caso de incumplimiento grave por la otra parte de sus obligaciones contractuales o en caso de circunstancias excepcionales que justifiquen una resolución anticipada.

19.2. Cualquier incumplimiento de una parte de todas o algunas de sus obligaciones contractuales que resulte en detrimento de la otra parte, o que le suponga una pérdida considerable de lo que esperaba obtener de este contrato, se considerará incumplimiento de contrato grave a los efectos del artículo 19.1. Las circunstancias en las que no sería razonable requerir a la parte que resuelve el contrato que continúe ligada a él se considerarán circunstancias excepcionales a los efectos del artículo 19.1.

19.3. Las partes contratantes convienen que el incumplimiento de lo dispuesto en ... de este contrato se considerará una prueba aparente de incumplimiento de contrato grave.<sup>24</sup> Asimismo, cualquier incumplimiento de las obligaciones contractuales se considerará grave si se repite a pesar de haber recibido el requerimiento de la otra parte para cumplir dichas obligaciones.

19.4. Las partes acuerdan que, entre otras, las siguientes situaciones se consideren circunstancias excepcionales que justifican la rescisión por la otra parte: quiebra, moratoria, administración judicial, liquidación o cualquier convenio de pago entre el deudor y los acreedores, o cualesquiera circunstancias que previsiblemente afecten sustancialmente la capacidad de la otra parte de cumplir con sus obligaciones contractuales.

19.5. Si las partes han cumplimentado el Anexo X, el Suministrador también podrá resolver el contrato con efecto inmediato en caso de cambio de control, de propiedad y/o dirección del Concesionario/Distribuidor previsto en el Anexo X.<sup>25</sup>

19.6. Si una de las partes rescinde el contrato de conformidad con este artículo, pero las razones expuestas (si las hubiere) no justifican la rescisión, ésta será efectiva, pero la otra parte tendrá derecho a daños y perjuicios por la rescisión injustificada. Tal indemnización será igual al beneficio medio de

adaptarse a la nueva situación. Este objetivo debe ser tenido en consideración especialmente cuando el Concesionario/Distribuidor se haya comprometido a efectuar inversiones específicas para realizar la venta de mercancías del Suministrador.

24. Las partes pueden hacer referencia a aquellos artículos cuyo incumplimiento sea de especial importancia. Puede ser el caso del artículo 4 (compromiso de no competencia), 7.5 (respeto de las condiciones de pago acordadas), 3.3 (objetivo mínimo garantizado, si lo hay), 13.2 (registro no autorizado de marcas de la fabricante por el Concesionario/Distribuidor), 15 (respeto de derechos exclusivos por el Suministrador). Se recomienda que el uso de este artículo se limite sólo a las situaciones más esenciales.

25. En los casos en que el Concesionario/Distribuidor es una empresa, el Suministrador puede haber entrado en el contrato en base a que un individuo particular siguiera en activo en la organización. El Anexo X se puede completar para cubrir esta situación.

la venta de los Productos del período que el contrato hubiera durado de no haber sido rescindido antes de su término, en base al volumen de negocio del año precedente, a menos que la parte perjudicada demuestre que el perjuicio real es mayor (o al contrario, si la parte que ha rescindido el contrato demuestra que el perjuicio real es inferior). La indemnización anterior se suma a la debida según el artículo 20.

#### Artículo 20. Indemnización en caso de rescisión

##### A.<sup>26</sup>

20.1. En caso de rescisión de contrato el Concesionario/Distribuidor no tendrá derecho a indemnización por el fondo de comercio o compensación similar.<sup>27</sup>

20.2. La disposición anterior no afecta el derecho del Concesionario/Distribuidor a reclamar daños y perjuicios por incumplimiento del contrato siempre y cuando la rescisión por parte del Suministrador suponga tal incumplimiento y no esté prevista en el artículo 19.6.

#### Artículo 21. Devolución de documentos y muestras

21.1. Al finalizar este contrato el Concesionario/Distribuidor devolverá al Suministrador todo el material promocional y otros documentos y muestras que le hayan sido suministrados por el Suministrador y estén en su poder.

21.2. A elección del Concesionario/Distribuidor, el Suministrador comprará al Concesionario/Distribuidor todos los productos que éste tenga almacenados; en el caso de que el Suministrador aún los venda y estén nuevos y en su embalaje original, al precio pagado originariamente por el Concesionario/Distribuidor. Los productos que el Suministrador no adquiera de esta manera deberán ser vendidos por el Concesionario/Distribuidor de acuerdo con el contrato en las condiciones habituales.<sup>28</sup>

#### Artículo 22. Arbitraje. Ley aplicable

22.1. Cualquier divergencia derivada o relacionada con el presente contrato se resolverá definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Concilia-

26. Esta disposición puede ser contraria a las normas imperativas de algunos países. *Vid.* Introducción, § 5.

27. Esta amplia definición se refiere a toda compensación pagada en caso de rescisión del contrato con independencia de que sea una rescisión por parte del Suministrador. Esto incluye el pago de cantidades que pueden ser definidas como «indemnización» o «indemnización por el fondo del negocio».

28. *Vid.* también nota 19.

ción y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.

##### A

22.2. Cualquier cuestión relacionada con este contrato que no esté expresa o tácitamente establecida por las disposiciones de este contrato se regirá por los principios legales generalmente reconocidos en comercio internacional como aplicables a los contratos de distribución internacionales, con exclusión—sujeto a lo establecido en el artículo 22.3 siguiente—de las leyes nacionales.<sup>29</sup>

22.3. En cualquier caso se considerarán las disposiciones legales obligatorias en el país donde está establecido el Concesionario/Distribuidor que sean aplicables incluso si el contrato está sometido a una legislación extranjera. Se tendrán en cuenta tales disposiciones en la medida en que reflejen principios universalmente reconocidos y siempre y cuando su aplicación parezca razonable en el contexto del comercio internacional.

#### Artículo 23. Inclusión automática en el presente contrato.

23.1. Si las partes no han elegido una de las alternativas propuestas en los artículos 11, 12, 13.2, 18, 20 y 22.2 con las letras A y B, tachando una de las dos, y siempre y cuando no hayan elegido expresamente otro sistema, se considerará aplicable la alternativa A.

23.2. Los anexos a este contrato forman parte integrante del mismo. Los anexos o partes de anexo que no hayan sido cumplimentados serán efectivos sólo en la medida y en las condiciones establecidas en el presente contrato.

#### Artículo 24. Acuerdos anteriores. Modificación. Nulidad. Cesión.

24.1. Este contrato sustituye cualquier otro acuerdo anterior entre las partes sobre este asunto.

24.2. No serán válidos ningún añadido o modificación, a menos que sean por escrito, o en la medida en que cada una de las partes con sus respectivas actuaciones así lo hubiere reconocido.

29. *Vid.* Introducción, § 4.

30. Este modelo de contrato ha sido elaborado sobre la base de que no estará regido por ninguna legislación nacional concreta (como establece, la alternativa A del art. 22.2). Sin embargo si las partes desean someter este acuerdo a una legislación nacional (escogiendo la alternativa B) deben comprobar antes si las cláusulas de este modelo se ajustan a las disposiciones obligatorias de la legislación escogida.

24.3. Si fuera nula o inaplicable cualquier disposición o cláusula de este contrato, el contrato se tomará como un todo para que surta efectos lo más próximo posible a la intención originaria de las partes; sin embargo, si por una buena razón, cualquiera de las partes no hubiera concluido el contrato sabiendo la interpretación del contrato resultante de lo anterior, el contrato será nulo.

24.4. El presente contrato no puede ser cedido sin el acuerdo previo de ambas partes por escrito.

*Artículo 25. Texto auténtico*

El texto español de este contrato es el único texto auténtico.<sup>31</sup>

El Suministrador	El Concesionario/Distribuidor
...	...
En	a
...	...

31. Si el contrato está escrito en otro idioma, deberá, como es lógico, modificarse esta cláusula indicando el idioma del contrato.

**ANEXO I**  
**PRODUCTOS Y TERRITORIO**  
(Artículo 1.1)

**§ 1. Productos**

[...]

Si este párrafo 1 del Anexo I no ha sido cumplimentado, todos los productos que el Concesionario/Distribuidor produzca y/o comercialice en el momento presente o en el futuro, se considerarán como «Productos» para los propósitos de este contrato.<sup>32</sup>

**§ 2. Territorio**

[...]

Si este párrafo 2 del Anexo I no ha sido cumplimentado, todo el territorio del país en el que el Concesionario/Distribuidor tiene su lugar de negocio se considerará como el «Territorio» para los propósitos de este contrato.

32. Si las partes optan por esta solución (incluyendo cualquier producto futuro en el contrato), pueden surgir problemas en caso de conflicto entre los productos nuevos del fabricante y productos de otro fabricante ya representador por el Concesionario/Distribuidor. Si dichos problemas son previsibles, las partes deberían definir reglas adecuadas para solucionar el conflicto.

**ANEXO II**  
**COMISIÓN SOBRE LAS VENTAS DIRECTAS**  
 (Artículos 3.4 y 16)

**§ 1. Comisión normal (artículo 3.4)**

Cuando actúe como intermediario, de acuerdo con el art. 3.4, el Concesionario/Distribuidor tiene derecho a una comisión del ... %.

**§ 2. Comisión de clientes especiales (artículo 16)**

Para todas las ventas directas de los clientes a continuación indicados, el Concesionario/Distribuidor tiene derecho a las siguientes comisiones:

... .. %  
 ... .. %  
 ... .. %  
 ... .. %

**§ 3. Cálculo y pago de la comisión**

3.1. La comisión se calculará sobre la suma neta de las facturas, es decir, sobre el precio de venta efectivo (deducidos los descuentos que no sean los de pago al contado) al margen de cualquier carga adicional (como embalaje, transporte, seguro) y de todos los impuestos y tributos (incluyendo el impuesto sobre el valor añadido - IVA) de cualquier tipo, siempre que tales cargos adicionales, impuestos y tributos constan en la factura por separado.

3.2. El Concesionario/Distribuidor devengará el derecho a la comisión después del pago por parte del cliente del precio facturado íntegro. En caso de pago parcial realizado en cumplimiento del contrato de compraventa, el Concesionario/Distribuidor tendrá derecho a un pago anticipado proporcional.

3.3. En el caso de que sea necesaria una autorización gubernativa (por ejemplo, debido a los reglamentos de control de cambios en el país del Suministrador) para que el Suministrador pueda transferir la comisión al extranjero (o cualquier otra suma a la que tenga derecho el Concesionario/Distribuidor), el pago de la cantidad se realizará tras la concesión de la señalada autorización. El Suministrador hará en su debido momento todos los pasos necesarios para obtener las autorizaciones antes indicadas.

3.4. Salvo acuerdo en otro sentido, las comisiones se calcularán en la moneda del contrato de compraventa con respecto al cual se deban.

3.5. Cualquier impuesto que grave la comisión del Concesionario/Distribuidor en el Territorio será a cargo del Concesionario/Distribuidor.

**ANEXO III**  
**PRODUCTOS Y SUMINISTRADORES REPRESENTADOS POR EL**  
**CONCESIONARIO/DISTRIBUIDOR**  
 (Artículo 4.3)

El Concesionario/Distribuidor declara por la presente que representa (y/o fabrica, comercializa o vende) los siguientes productos, directa o indirectamente, en la fecha en que se concluye el presente contrato:

SUMINISTRADORES

PRODUCTOS

...

...

...

...

...

...

**ANEXO IV**  
**NOMBRES DE LOS CLIENTES EXISTENTES**  
 (Artículo 5.2)

§ 1. Por la presente el Concesionario/Distribuidor declara que, antes de concluir este contrato, vendía productos del mismo tipo que los Productos a los siguientes clientes en el Territorio:

[...]

§ 2. Por la presente el Suministrador declara que, antes de concluir este contrato, vendía (directamente o a través de otros) los Productos a los siguientes clientes dentro del Territorio:

[...]

**ANEXO V**  
**PUBLICIDAD, FERIAS Y EXPOSICIONES**  
 (Artículo 6)

**§ 1. Publicidad (Artículo 6.1)**

Salvo acuerdo escrito en otro sentido, los gastos de publicidad acordada se repartirán entre las partes como sigue:

Suministrador	... %
Concesionario/Distribuidor	... %

Si los espacios dejados en blanco sobre estas líneas no han sido rellenos por las partes, cada parte soportará los gastos de publicidad que haya encargado.

**§ 2. Ferias y Exposiciones (Artículo 6.2)**

Salvo acuerdo escrito en otro sentido, los gastos de participación en ferias y exposiciones se repartirán entre las partes como sigue:

Suministrador	... %
Concesionario/Distribuidor	... %

Si los espacios dejados en blanco sobre estas líneas no han sido rellenos por las partes, cada parte soportará los gastos de participación en las ferias y exposiciones en las que haya participado.

**ANEXO VI  
CONDICIONES DE VENTA - DESCUENTOS**  
(Artículo 7)

**§ 1. Condiciones generales de venta del Suministrador**

Se adjuntarán al contrato.

Las condiciones generales de venta del Suministrador serán de aplicación sólo si se adjuntan a este documento, o si se ha transmitido por escrito de otro modo al Concesionario/Distribuidor para los fines de este contrato.

**§ 2. Descuentos y/o precios garantizados al Concesionario/Distribuidor**

El Concesionario/Distribuidor tendrá derecho a un descuento del ... % sobre la lista de precios a la que refiere el artículo 7.4.

Si no se cumplimenta el espacio en blanco del párrafo anterior por las partes, y en el caso de que no hubiera una lista de precios especiales para Concesionarios/Distribuidores, el Concesionario/Distribuidor tendrá derecho al descuento que se aplique normalmente por parte del Suministrador a las distribuidoras que estén en la misma situación para cantidades similares de Productos.

**ANEXO VII  
OBJETIVO MÍNIMO GARANTIZADO**  
(Artículo 8.3)

Este Anexo VII es aplicable sólo si las partes han determinado el objetivo mínimo rellenando uno de los espacios que a continuación se ofrecen.

El Concesionario/Distribuidor se compromete, a lo largo de cada año, a colocar pedidos por no menos de:

... (cantidad de dinero)<sup>33</sup>

... (cantidad de Productos)

... % del objetivo convenido de acuerdo con el artículo 8.1.

Si al final del año el Objetivo Mínimo Garantizado arriba indicado no se alcanza, a menos que el Concesionario/Distribuidor muestre que no se le puede hacer responsable de este hecho, el Suministrador tendrá derecho, a su elección, a condición de que dé aviso con un mes de antelación, a terminar este contrato, o a cancelar la exclusividad del Concesionario/Distribuidor, o a reducir la extensión del Territorio. Ello no obstante, este derecho debe ser ejercido por escrito no más tarde de los dos meses siguientes al fin del año en que el Objetivo Mínimo Garantizado no se haya alcanzado.

A menos que las partes acuerden aquí otras cifras, el Objetivo Mínimo Garantizado será asimismo aplicable a cada año de duración (incluso en caso de renovación) de este acuerdo.

33. Si se opta por esta alternativa, se debería vigilar que la suma acordada no sea automáticamente reducida (de año en año) como consecuencia de la inflación; por ejemplo, previendo un incremento anual.

**ANEXO VIII**  
**«STOCK» DE PRODUCTOS Y PIEZAS DE RECAMBIO**  
 (Artículo 14.1)

El Concesionario/Distribuidor acepta mantener el siguiente «stock» mínimo de Productos y piezas de recambio:

[...]

Si el presente anexo no ha sido cumplimentado por las partes, el «stock» mínimo será determinado según las necesidades razonables para el Territorio.

**ANEXO IX**  
**SERVICIO POSTVENTA, REPARACIONES, GARANTÍAS**  
 (Artículo 14.2)

Este anexo sólo será de aplicación si está firmado por las partes.

1. El Concesionario/Distribuidor acepta proporcionar, a su cargo y con su propio personal y sus medios técnicos, un adecuado servicio de postventa que se extenderá a todos los Productos para los que tal asistencia sea requerida en el Territorio. Dicho servicio de postventa se proporcionará según los estándares indicados por el Suministrador.

2. El Suministrador proporcionará al Concesionario/Distribuidor la formación necesaria para permitir al personal de ésta proporcionar los servicios arriba indicados. El Concesionario/Distribuidor, acepta que, a su propio cargo, su personal técnico y de ventas participará en los cursos de formación y de actualización que el Suministrador decida organizar.

3. El Concesionario/Distribuidor llevará a cabo sin cargo alguno todas las reparaciones y sustituciones que se señalen en las condiciones de garantía del Suministrador y soportará todos los gastos de dicho servicio. El Suministrador suministrará al Concesionario/Distribuidor los útiles o piezas necesarios para reemplazar los útiles o piezas defectuosas según las condiciones de garantía.

4. Tras la finalización por cualquier razón de este contrato, el Concesionario/Distribuidor interrumpirá cualquier servicio de postventa o de garantía, salvo acuerdo por escrito entre las partes. Cualquier petición de los clientes será transmitida por el Concesionario/Distribuidor a las personas señaladas por el Suministrador.

El Suministrador

El Concesionario/Distribuidor

**ANEXO X**  
**CAMBIO DE CONTROL, PROPIEDAD Y/O DIRECCIÓN**  
 (Artículo 20.5)

El Suministrador puede resolver el contrato con efecto inmediato si:  
 el Sr. ... deja de ostentar la propiedad de más del ... % de las acciones de la empresa distribuidora.  
 el Sr. ... deja de ser el ... " de la empresa Distribuidora.

34. Especificarse aquí la posición que ostenta la persona cualificada en la [empresa] Distribuidora, por ejemplo, director, gerente general, presidente del Consejo, según corresponda: Esta cláusula puede ser peligrosa para la empresa distribuidora, particularmente si la persona cualificada no es el propietario sino sólo un empleado.

**ANEXO XI**  
**INDEMNIZACIÓN EN CASO DE TERMINACIÓN**<sup>34</sup>  
 (Artículo 20.B)

Este anexo sólo será de aplicación si está firmado por las partes.

§ 1. En caso de resolución del contrato por parte del Suministrador por una causa que no sea el incumplimiento por parte del Concesionario/Distribuidor, que justifique una resolución anticipada según el Artículo 19, ésta tendrá derecho a una indemnización igual al 50 % o ... % del beneficio bruto anual obtenido de los clientes captados por el Concesionario/Distribuidor o con clientes con los que el Concesionario/Distribuidor haya aumentado significativamente el volumen de negocios, calculado sobre la base de la media de los cinco años precedentes (o, si el contrato ha durado menos de cinco años, sobre la media de dicha duración).

§ 2. El Concesionario/Distribuidor se compromete a hacer todo lo que esté en su poder para transferir los clientes existentes al Suministrador o a la nueva Distribuidora o agente) del Suministrador. En cumplimiento de tal obligación, el Concesionario/Distribuidor acepta, durante un período de 12 meses desde la resolución del contrato, a no vender, distribuir o promover, directa o indirectamente, cualquier producto que esté en competencia con los Productos, a clientes a los que previamente había vendido los Productos o promovido la venta de los Productos en base a este contrato.

§ 3. La indemnización se pagará en tres partes de igual cuantía, respectivamente, cuatro, ocho y doce meses después de la resolución del contrato. El pago de la indemnización se realiza a condición de que el Concesionario/Distribuidor realice la obligación señalada en el arriba indicado § 2.

§ 4. El Concesionario/Distribuidor tendrá la opción de renunciar a su derecho a la indemnización en cualquier momento. En este caso la cláusula de no competencia prevista arriba en § 2, como también la obligación de animar el traspaso de los clientes existentes al Suministrador o a la nueva Distribuidora (o agente) dejará de aplicarse. Al ejercer esta opción no se requerirá al Concesionario/Distribuidor que reembolse ningún pago parcial ya realizado.

El Suministrador

...

El Concesionario/Distribuidor

...

35. Esta cláusula debe considerarse como un ejemplo de posibles soluciones contractuales, que deberían ser decididas por las partes según sus necesidades concretas. En particular, mientras que esta cláusula se refiere principalmente al valor de la buena fe, otros aspectos (como, por ejemplo, inversiones realizadas por el Concesionario/Distribuidor) pueden ser tenidos en cuenta.



## CONTRATOS DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

### 1. Las transferencias de tecnología en el contexto del comercio internacional

La colaboración entre empresas mediante intercambios de técnicas y conocimientos es una constante en el contexto actual del comercio mundial, derivada de la necesidad que para el progreso de todo país tiene su adecuado desarrollo tecnológico.

Las transferencias de tecnología ocupan un lugar cada vez más destacado en las relaciones económicas internacionales dado que los rápidos adelantos de la técnica en todo el mundo está obligando a los países a ser más dependientes unos de otros, y a las empresas a colaborar entre sí mediante los correspondientes contratos, que pueden ser de muy variada índole.

La gran diversidad de supuestos que muestra la práctica diaria de la contratación internacional y la distinta categoría de operaciones que suelen concertarse bajo la rúbrica general de «transferencias de tecnología», obliga a establecer diferenciaciones según el tipo de transacción a llevar a cabo pues, aparte de la confusión terminológica que suele producirse, no todas las transacciones tienen idéntico tratamiento legal.

Si a ello añadimos que un solo contrato suele contemplar distintas prestaciones tecnológicas a la vez, en ocasiones integradas en un contrato de compra-venta o suministro de equipos -*piénsese por ejemplo en las denominadas ventas de «plantas llaves en mano»*-, llegaremos a la conclusión de que es sumamente importante planear concienzudamente la operación, antes de redactar el correspondiente

contrato, e intentar utilizar la terminología adecuada para cada prestación pues de ello va a depender en gran medida el coste fiscal de la misma, como se verá.

Para un adecuado encuadre de la cuestión debemos sentar las siguientes premisas previas:

a) La tecnología es un término genérico que comprende diversas prestaciones específicas, distintas unas de otras, que normalmente constituyen manifestaciones de la propiedad industrial, aun cuando algunas de ellas vengan contempladas en la legislación sobre propiedad intelectual.

b) La tecnología puede transferirse con carácter definitivo, mediante venta o cesión a cambio de un precio, o simplemente ser objeto de un derecho de utilización o explotación de la misma a cambio de un canon o «royalty».

c) La tecnología puede transferirse vinculada a una operación de compra-venta internacional de mercancías o aisladamente, dependiendo de ello su distinto régimen tributario.

## 2. Concepto de «tecnología»

La primera precisión que debe hacerse al abordar un tema complejo y variado como el relativo a las distintas prestaciones que pueden comprenderse en un contrato internacional de transferencia de tecnología es intentar ofrecer una definición de ésta, y de las diferentes modalidades susceptibles de ser englobadas dentro de dicho término genérico, ya que, como se ha dicho, con demasiada frecuencia son objeto de confusión.

La ausencia de una legislación uniforme, como ocurre con la mayoría de contratos internacionales, impide ofrecer una definición de «tecnología» suficientemente extendida y aceptada, sin que este inconveniente pueda subsanarse recurriendo a legislaciones internas ya que éstas, a lo sumo, al igual que la de la Comunidad Europea, como veremos, abordan el tratamiento legislativo de sólo algunas de las prestaciones susceptibles de encuadrar dentro del concepto «tecnología», pero no de ésta en su conjunto.<sup>115</sup>

115. Un avance importante en la unificación del Derecho aplicable a las transferencias de tecnología ha sido la inclusión en el Acuerdo por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994, de un anexo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el

La legislación española, desde el Decreto 2343/1973 de 21 de septiembre que reguló por primera vez las transferencias de tecnología desde el exterior, se ha limitado a enumerar, sin definir, las distintas modalidades de transferencia tecnológica, tónica que siguió posteriormente en el Real Decreto 1750/1987 de 18 de diciembre sobre pagos al exterior por adquisición de tecnología y asistencia técnica extranjera, que derogó al anterior Decreto 2343/1973.<sup>116</sup>

Tampoco nuestra Jurisprudencia ha sido precisa a la hora de ofrecer un concepto satisfactorio de todo lo que puede abarcar una «transferencia de tecnología», por la lógica razón de haberse tenido que pronunciar sobre contratos concretos y determinados, de licencia de patente, de «know-how», de uso de marca, de franquicia, etc., sin abordar la temática general de la «tecnología» como objeto de contratación internacional, limitándose a señalar el tratamiento tri-

comercio, tema que tradicionalmente había estado ausente en los debates y trabajos del GATT. El Acuerdo contiene normas específicas sobre derechos de autor y derechos conexos, programas de ordenador, marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen, dibujos y modelos industriales, patentes, circuitos integrados y *Know-how*, estableciendo asimismo disposiciones sobre protección de los derechos, normas para la solución de diferencias entre los países miembros y medios de control de prácticas anticompetitivas en los contratos de concesión de licencias.

Según el artículo 7 del citado anexo, «la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos, de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones». Se trata, por tanto, de un marco multilateral de principios, normas y disciplinas tendentes a reducir las distorsiones y obstáculos en el comercio internacional fomentando, paralelamente, la protección eficaz de los derechos de propiedad intelectual e industrial pero velando, por otra parte, que las medidas para hacer respetar estos derechos no se conviertan, a su vez, en obstáculos al comercio.

116. En dicho Real Decreto, actualmente derogado por el Real Decreto 1816/1991 de 20 de diciembre sobre Transacciones Económicas con el exterior que ha liberalizado el régimen de cobros y pagos por estos conceptos, se consideraban «transferencias de tecnología» las siguientes transacciones:

a) Cesión del derecho de propiedad, explotación o utilización de patentes de invención, modelos de utilidad, conocimientos secretos no patentados aplicables a la actividad productiva («Know-how») y programas de ordenador para uso industrial o empresarial («softwares»).

b) Cesión del derecho de propiedad, explotación o utilización de marcas o signos distintivos registrados, de modelos, dibujos industriales o diseños y contratos de franquicia.

c) Prestación de servicios de ingeniería o elaboración de proyectos técnicos, acceso a bases de datos o servicios de documentación e información técnica o económica para empresas, y cualquier otra modalidad de asistencia técnica.

d) Participación en actividades de investigación y desarrollo.

butario que corresponde aplicar a los pagos (cánones) por tales prestaciones.

Hasta la fecha tan sólo el Tribunal Económico Administrativo Central en tres Acuerdos de 25 de septiembre de 1991, 23 de julio de 1997 y 22 de octubre de 1997, se ha aventurado a hacer referencia a toda la problemática que encierra la expresión «*transferencia de tecnología*» y tras definir ésta como «*el conjunto de conocimientos específicos que permiten la modernización de los sistemas productivos, a través de la aplicación del desarrollo científico a las actividades agrarias, industriales y de servicios*», ha ofrecido un concepto de la misma lo suficientemente amplio como para utilizarlo de punto de partida de lo que diremos en apartados sucesivos. Éstas son las consideraciones del Tribunal:

*«Toda empresa que quiera ser competitiva, sobre todo a nivel internacional, tiene que ir incluyendo en las diferentes fases de su proceso productivo las nuevas tecnologías. Éstas se pueden introducir a través de dos caminos: el primero se refiere a la tecnología incorporada a bienes de equipo; el segundo a los conocimientos tecnológicos no incorporados en equipos tales como la captación de información científica y tecnológica, inversión en I + D (investigación y desarrollo), etc.*

*Por regla general la tecnología se genera de forma muy concentrada geográficamente, es decir, en pocos países, en los que existen Centros para la investigación, desarrollo y perfeccionamiento de todo tipo de servicios tecnológicos. Esta concentración obliga a las empresas a importar tecnología, lo que conlleva la contratación de técnicos experimentados, la cesión de licencias y la asistencia técnica, prestaciones éstas que suele realizar la empresa exportadora a cambio del pago de un canon o royalty.»*

### 3. Transacciones susceptibles de comprender una transferencia de tecnología

Partiendo de la concepción genérica de «*tecnología*» ofrecida en España por el Tribunal Económico Administrativo Central que se ha tomado como referencia, podrá abordarse en el apartado siguiente el examen de las distintas prestaciones susceptibles de ser encuadradas en dicho término, sin perder de vista que, como indica el Tribunal y se ha dicho en el apartado I, existen dos formas de transferir prestaciones tecnológicas: incorporadas a equipos o mercancías, o bien

aisladamente, es decir, como operaciones «*invisibles*», utilizando la terminología de la OCDE.

#### 3.1. Tecnología incorporada a mercancías objeto de compra-venta

Normalmente cuando un bien de equipo es objeto de compra-venta, el vendedor ya ha incluido en el precio final el coste de los trabajos previos de investigación, estudio, diseño, etc. de forma que al pagar el comprador dicho precio, está abonando el coste de la tecnología empleada en su fabricación, aunque a veces no sucede así, como tendremos ocasión de analizar más adelante y, separadamente del precio de la mercancía, equipo o producto adquirido, el vendedor factura el importe de la ingeniería desarrollada, o el de los planos y diseños empleados en la fabricación. Esto suele ocurrir cuando se exporta a países cuya legislación de control de cambios impone un trámite de pagos al exterior para las mercancías distinto que para la tecnología incorporada a las mismas, o exige la individualización de los costes de ésta por razones de tipo aduanero o fiscal.

En tales casos, no puede hablarse propiamente de contrato de «*transferencia de tecnología*» por cuanto ésta forma parte inseparable de la mercancía fabricada, objeto de transmisión, con lo que estaríamos en presencia de un auténtico contrato de «*compra-venta internacional de mercancías*».

Es, sin embargo, muy frecuente que, aparte de las máquinas o equipos vendidos, se transfieran otras prestaciones que no forman parte del coste de los mismos, como por ejemplo el derecho a usar una marca, o una patente, o unos servicios de asistencia técnica a prestar una vez efectuada la importación.

En estos supuestos, junto al contrato de compra-venta internacional de «*mercancías*» coexiste un contrato de «*transferencia de tecnología*» por unas prestaciones que ni se han incorporado a la mercancía adquirida, ni su importe se ha incluido dentro del precio de la misma, facturado por el vendedor.

A pesar de ello, el coste de dicha tecnología puede tener incidencia, como veremos, en la tributación aduanera de las mercancías importadas, si tiene relación con éstas.

#### 3.2. Tecnología no incorporada a mercancías

Cuando las prestaciones tecnológicas son objeto de transmisión independiente de una compra-venta de mercancías aparece el genui-

no contrato de «transferencia de tecnología» pues al no haberse incorporado a un bien susceptible de ser importado físicamente, se convierte en una operación «invisible», con un tratamiento jurídico, fiscal y aduanero totalmente diferente al caso citado en el apartado anterior.

A su vez ciertas prestaciones de tecnología pueden ser objeto bien de cesión definitiva, es decir, de venta a cambio de un precio, bien de licencia o concesión de uso o explotación, a cambio de un canon o *royalty*, fijo o porcentual, con un tratamiento totalmente diferente en uno u otro caso como también tendremos ocasión de analizar.

No es pues tarea fácil pretender ofrecer una clasificación diferenciada de las distintas prestaciones susceptibles de encuadrar en el término genérico «transferencia de tecnología», y menos fácil aún definir con precisión cada una de ellas, de modo que permita distinguir unas de otras, debido, por un lado, a que en la práctica muchas empresas utilizan indistintamente expresiones como «ingeniería», «asistencia técnica», «Know-how» con las que, aun cuando no sean términos sinónimos, pretenden referirse a un mismo tipo de prestación, variando la terminología en función de quienes son parte en el contrato y del léxico comúnmente utilizado en sus respectivos países.

Por otro lado, las pocas definiciones que pueden encontrarse en textos legales o incluso en la Jurisprudencia, no ofrecen una idea precisa que permita delimitar las diferencias entre ellas. Un ejemplo claro de esto último lo encontramos en la normativa aduanera y fiscal vigente en la Unión Europea, como tendremos ocasión de examinar, cuya distinta acepción para uno u otro término puede provocar que, por ejemplo, lo que deba considerarse «asistencia técnica» a efectos de la correspondiente tributación aduanera, no sea aceptable a efectos de la imposición directa que deba gravar los rendimientos producidos por su prestación.

Por último, el hecho de ser frecuente que en un mismo contrato se contemplen prestaciones de distinto signo aunque englobadas en una rúbrica común, añade mayor dificultad a la hora de intentar un estudio individualizado de cada una de ellas.

#### 4. Tipos de prestaciones

Hechas las anteriores precisiones y tomando como referencia las distintas prestaciones que en nuestro Derecho han venido conside-

rándose como «tecnología» (ver nota 116), veamos las definiciones o conceptos más comúnmente aceptados, con la reserva que las dificultades expuestas imponen:

##### 4.1. Ingeniería («engineering»)

A falta de definición legal, y dada la importante repercusión que puede tener a efectos aduaneros, cabe referirse a la ingeniería como un conjunto de trabajos y estudios de carácter técnico, económico y de investigación, normalmente efectuados por una empresa o departamento especializados, para la realización de un determinado proyecto industrial y que suelen materializarse en proyectos e informes técnicos y planos.

Desde el punto de vista aduanero, no necesariamente coincidente con el concepto que pueda utilizarse a efectos de otros impuestos, la «ingeniería» engloba únicamente aquellos estudios y trabajos previos destinados a la fabricación de una instalación, bien de equipo o producto industrial, tratándose, por tanto, de prestaciones anteriores a la importación de los mismos.

Por esta razón, aduaneramente hablando, se excluye de la «ingeniería» cualquier trabajo o prestación que, aun formando parte del mismo proyecto, deba realizarse con posterioridad a la importación de lo fabricado con la técnica desarrollada en dicha ingeniería.

##### 4.2. Patentes y Modelos de utilidad

La Patente es un privilegio legal, concedido al descubridor de un invento, que le permite fabricarlo, utilizarlo y venderlo con exclusión de terceros durante un tiempo determinado. La esencia de tal privilegio ha sido reiteradamente definida por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo<sup>117</sup> como la «concesión al inventor de un derecho exclusi-

117. Sentencias de 31 de octubre de 1974, Asunto 15/74 Centralarm B.V./Sterling Drug Inc., de 14 de julio de 1981, Asunto 187/80 Merck/Stephar et Exler y, más recientemente, de 5 de diciembre de 1996, Asuntos acumulados C-267/95 y C-268/95 Merck y otros/Primecrown Ltd. y otros.

En España el derecho de patentes viene regulado en la Ley 11/1986 de 20 de marzo, cuyo artículo 4 declara patentables las invenciones nuevas que impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. La patente, según el artículo 50 de esta Ley, confiere a su titular el derecho a impedir a cualquier tercero que no cuente con su consentimiento:

vo de primera comercialización del producto que le permite, al reservarle el monopolio de su explotación, obtener la recompensa de su esfuerzo creador», siendo su objeto específico «garantizar al titular el derecho exclusivo a emplear una invención con vistas a la fabricación y a la primera comercialización de productos industriales, ya sea directamente o por medio de la concesión de licencias a terceros, así como el derecho a oponerse a toda violación de tales derechos».

Las invenciones que, siendo nuevas e implicando una actividad inventiva, consisten en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación son protegibles como «Modelos de utilidad», pudiendo citarse como tales los utensilios, instrumentos, herramientas, aparatos, dispositivos o partes de los mismos que reúnan dichos requisitos.<sup>118</sup>

En la Unión Europea la protección mediante patente se lleva a cabo a través de dos sistemas, ninguno de los cuales se basa en un instrumento jurídico comunitario: los sistemas nacionales y el sistema europeo de patentes.

La primera que vio la luz fue la patente nacional, que, en los Estados miembros de la Comunidad Europea, ha sido armonizada mediante la adhesión progresiva de todos los Estados miembros al Convenio de Múnich sobre la patente europea, de 5 de octubre de 1973, del que también forman parte Suiza, Liechtenstein y Mónaco.

a) La fabricación, el ofrecimiento, la introducción en el comercio o la utilización de un producto objeto de la patente o la importación o posesión del mismo para los fines mencionados.

b) La utilización de un procedimiento objeto de la patente o el ofrecimiento de dicha utilización, cuando el tercero sabe o las circunstancias hacen evidente que la utilización del procedimiento está prohibida sin el consentimiento del titular de la patente.

c) El ofrecimiento, la introducción en el comercio o la utilización del producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente o la importación o posesión de dicho producto para alguno de los fines mencionados.

La Ley española se inspira, según indica en su preámbulo en el derecho europeo de patentes, constituido por el Convenio de Múnich de 5 de octubre de 1973 sobre la Patente Europea, y el Convenio de Luxemburgo sobre la Patente Comunitaria de 15 de diciembre de 1975.

118. Artículo 143 de la Ley 11/1986 de 20 de marzo de Patentes. La Comisión Europea ha presentado al Parlamento Europeo en fecha 12 de diciembre de 1997 una propuesta de Directiva relativa a la aproximación de los regímenes jurídicos de protección de las invenciones mediante modelos de utilidad, que ha sido publicada en el D.O.C.E. C-36 de 3 de febrero de 1998, y que prevé sea adaptada por los Estados miembros antes del 31 de diciembre de 1999.

El sistema europeo de patentes se basa en dos tratados internacionales, el citado Convenio de Múnich sobre la Patente Europea de 1973 y el Convenio de Luxemburgo sobre la patente comunitaria de 15 de diciembre de 1975, que, en la actualidad, forma parte integrante del Acuerdo en materia de patentes comunitarias, firmado en Luxemburgo el 15 de diciembre de 1989.

El Convenio de Múnich no creó un derecho uniforme de protección, sino que permite obtener una protección en tantos Estados parte del Convenio como desee el solicitante. Este sistema se caracteriza por su gran flexibilidad, aunque presenta algunos inconvenientes por su complejidad y coste. Además, no prevé la existencia de un tribunal competente a nivel europeo para dirimir los litigios en materia de patentes, lo que presenta el riesgo de que los tribunales competentes en los Estados miembros dicten resoluciones diferentes.

La patente comunitaria tiene por objeto reunir el conjunto de derechos de protección resultantes de la expedición de una patente europea en un solo derecho unitario y autónomo para el conjunto de la Comunidad, regulado exclusivamente por las disposiciones del Acuerdo en materia de Patentes Comunitarias, firmado en 1989. Este Convenio aún no ha entrado en vigor por los retrasos habidos en su ratificación por los Estados miembros que lo firmaron.

Aunque distintos, los objetivos del Convenio de Múnich de 1973 y del de Luxemburgo de 1989 son complementarios. El primero pretende racionalizar la expedición de las patentes mediante el establecimiento de un procedimiento centralizado, gestionado por la Oficina Europea de Patentes de Múnich. De esta forma, el Convenio está abierto a la adhesión de todo Estado europeo, previa invitación del Consejo de Administración de la Organización Europea de Patentes. El segundo pretende alcanzar los objetivos del mercado único, especialmente por lo que se refiere a la igualdad de las condiciones de competencia y a la libre circulación de mercancías.<sup>119</sup>

119. El Convenio de Luxemburgo recibió su forma definitiva en el Acuerdo en materia de Patentes Comunitarias, firmado, también en Luxemburgo, el 15 de diciembre de 1989 y se aplica a la Comunidad de los Doce, pero no incluye disposición alguna relativa a la ampliación que tuvo lugar en 1995, con la adhesión de Austria, Suecia y Finlandia. Estos Estados miembros no entran dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo de 1989, aunque estén obligados jurídicamente a convertirse en partes contratantes. Según los términos del Acuerdo, se podrá celebrar un convenio especial entre los Estados contratantes y el Estado que se adhiera para determinar las modalidades de aplicación del Acuerdo que la adhesión de dicho Estado haga necesarias. Ello implicaría la negociación de un convenio, su firma y su posterior ratificación por parte de todos los Estados contratantes del Convenio de Luxemburgo, lo que evidentemente

## 4.3. Licencia de patente

Toda patente tiene la consideración jurídica de bien mueble, lo que le permite ser objeto de transmisión por venta, o de concesión temporal de su explotación.<sup>120</sup>

Si en vez de ceder la propiedad, el titular de la patente concede temporalmente el derecho de uso o explotación de la invención patentada a cambio de un canon o *royalty*, o de un derecho de explotación, fijo o porcentual, estaremos ante una concesión de licencia de patente.

El Reglamento CEE n.º 2349/84 de 23 de julio de 1984<sup>121</sup> definía la licencia de patente como «autorización por el titular de una patente (concedente de la licencia) a otra persona (licenciataria) para que explote la invención patentada por uno o varios de los modos de explotación

constituye un proceso muy lento y complejo. Esta lentitud y complejidad no se verían sino multiplicadas en caso de futuras adhesiones a la Unión Europea.

El sistema de patentes en Europa se elaboró pues mediante convenios internacionales. Ello se debe a que estas iniciativas se adoptaron en una época en la que no se había establecido la competencia de la Comunidad en este ámbito. Se trata de una fase ya superada, dado que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido (Sentencia de 13 de julio de 1995, Asunto C-350/92, Reino de España el Consejo), la competencia de la Comunidad para intervenir en el ámbito de las patentes, si ello contribuye a realizar uno de los objetivos del Tratado: la libre circulación de mercancías o el establecimiento de unas condiciones no falseadas de competencia. No obstante, conviene señalar que la creación de un nuevo derecho comunitario mediante un reglamento requiere, en virtud de lo dispuesto en el artículo 235 del Tratado CE, la unanimidad de los Estados miembros, lo que implica la necesidad de alcanzar un consenso sobre todas las cuestiones técnicas que se planteen.

La Comisión ha estimado necesario hacer balance de la situación en materia de patentes comunitarias y de sistemas de patentes en Europa y a tal fin ha elaborado un Libro Verde, en el que se analizan las carencias que se derivan de la ausencia de una vertiente comunitaria correspondiente al sistema europeo de patentes y de los obstáculos a su entrada en vigor, para abordar a continuación las cuestiones que se derivan de ello desde el punto de vista técnico, jurídico y político, tales como la armonización complementaria del derecho de patentes a nivel comunitario.

El Libro Verde persigue un triple objetivo:

- facilitar una visión general lo más completa posible de la situación en materia de protección de la innovación mediante el régimen de patentes en la Comunidad Europea;

- evaluar la necesidad de adoptar nuevas acciones comunitarias y/o modificar los regímenes actuales;

- explorar la forma y el contenido posibles de tales nuevas acciones.

120. Artículos 74 al 80 de la Ley española de Patentes 1/1986 de 20 de marzo.

121. Este Reglamento estuvo en vigor hasta 31 de marzo de 1996, siendo sustituido por el Reglamento CE 240/96 de la Comisión de 31 de enero de 1996, que es objeto de comentario en el apartado 5.2 de este Capítulo. Ver nota 140 más adelante.

previstos en el derecho de patentes, en particular la fabricación, utilización y comercialización».

## 4.4. «Know-how»

Es uno de los conceptos sobre los que más definiciones se han ofrecido, de las que, por su precisión, transcribimos la de la Association des Bureaux pour la Protection de la Propriété Industrielle: «Conjunto no divulgado de informaciones técnicas, patentables o no, que son necesarias para la reproducción industrial, directamente y en las mismas condiciones, de un producto o de un procedimiento; procediendo de la experiencia, el «Know-how» es el complemento de lo que un industrial no puede saber por el solo examen del producto y el mero conocimiento del progreso de la técnica».

Según el Reglamento CE 240/96, de 31 de enero de 1996 se entiende por Know-how un conjunto de informaciones técnicas secretas y sustanciales e identificadas de forma apropiada, debiendo tener en cuenta que:

- el término «secretas» significa que el conjunto de «know-how», considerado globalmente o en la configuración y articulación precisa de sus elementos, no es generalmente conocido ni fácilmente accesible, por lo que parte de su valor reside en la ventaja temporal que su comunicación confiere al licenciataria.

- el término «sustanciales» significa que el «know-how» contiene una información útil, es decir, que en el momento de la celebración del acuerdo, cabe esperar que servirá para mejorar la competitividad del licenciataria permitiéndole, por ejemplo, acceder a un nuevo mercado, o que le proporcionará una ventaja competitiva sobre otros fabricantes o prestadores de servicios que no tengan acceso al «know-how» secreto concedido o a otro «know-how» secreto comparable.

- el término «identificadas» significa que el «know-how» ha de describirse o registrarse en un soporte material de tal forma que sea posible comprobar si se cumplen los requisitos de secreto y sustancialidad y garantizar que no se restringe indebidamente la libertad del licenciataria de explotar su propia tecnología.

Cuando una parte se obliga a comunicar a otra sus conocimientos secretos sustanciales e identificados para que esta última los utilice, aparece el contrato de cesión de «know-how», siendo su característica principal que esta utilización por un tercero no está vedada necesariamente por un derecho de patentes que lo impida, ya que puede tratarse de conocimientos no patentados, sino por el desconocimiento

to de su contenido dado su carácter secreto y no divulgado que, por ello, precisa ser enseñado para poderse aplicar.

El «Know-how» como tal es pues un concepto inmaterial, pero puede materializarse en algo tangible como descripciones de procedimientos, proyectos, gráficos, fórmulas, planos, maquetas, diseños o dibujos.

#### 4.5. Marcas

Se entiende por Marca *«todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona»*. También se consideran marcas las palabras, incluidas las que sirvan para identificar las personas; las imágenes, figuras, símbolos y gráficos; las letras, cifras y sus combinaciones; las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases, la forma del producto o su presentación; y cualquier combinación de los signos o medios antes mencionados.<sup>122</sup>

El Reglamento CEE 40/94 de 20 de diciembre de 1993 sobre la Marca Comunitaria contiene una definición idéntica que la establecida en la Directiva 89/104 de 21-12-1988 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas: *«todos los signos que puedan ser objeto de una representación gráfica, en particular las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, la forma del producto o de su presentación, con la condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los servicios o productos de una empresa de los de otras empresas»*.

En términos muy similares se define la «marca de fábrica o de comercio» en el artículo 15 del anexo al Acuerdo de Marrakech de 15 de abril de 1994 por el que se creó la Organización Mundial del Comercio (ver nota 115).

Coeexistiendo con las distintas marcas nacionales, sobre cuya reglamentación a nivel interno la Directiva 89/104 estableció normas de armonización, la marca comunitaria creada por el Reglamento 40/94 permite la protección en todo el ámbito de la Unión Europea sin necesidad de ser registrada en todos los Estados miembros, bastando

122. Artículos 1 y 2 de la Ley española 32/1988 de 10 de noviembre de Marcas. cuyo texto ya incorporó las previsiones de la Directiva 89/104 de 21-12-1988 a pesar de publicarse antes que ésta.

con presentar una sola solicitud en la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Alicante).

La marca comunitaria confiere a su titular idéntico derecho que el reconocido para los titulares de las marcas nacionales en la Directiva 89/104 de 21-12-1988, esto es, prohibir a cualquier tercero, sin su consentimiento, el uso en el tráfico económico:

a) de cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada;

b) de cualquier signo que, por ser idéntico o similar a la marca y por ser los productos o servicios protegidos por la marca y por el signo idénticos o similares, implique un riesgo de confusión por parte del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca;

c) de cualquier signo idéntico o similar a la marca, para productos o servicios que no sean similares a aquellos para los cuales esté registrada la marca, si ésta fuera notoriamente conocida y si el uso sin justa causa del signo se aprovechara indebidamente del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca o fuere perjudicial para los mismos.

Cuando se reúnan las anteriores condiciones, podrá prohibirse en particular:

- a) poner el signo en los productos o en su presentación;
- b) ofrecer los productos, comercializarlos o almacenarlos con dichos fines u ofrecer o prestar servicio con el signo;
- c) importar o exportar los productos con el signo;
- d) utilizar el signo en los documentos mercantiles y la publicidad.

Según ha precisado el Tribunal de Luxemburgo *«el derecho de marcas tiene por objetivo proteger a los titulares contra las maniobras de terceros que, provocando un riesgo de confusión en el ánimo de los consumidores, intenten sacar partido de la reputación atribuida a la marca»*,<sup>123</sup> siendo la función esencial de la misma *«garantizar a los consumidores la identificación del origen del producto, permitiéndoles distinguir, sin confusión posible, este producto de los que tienen otro origen»*.<sup>124</sup> Otorga a su titular *«el derecho exclusivo a utilizar la marca para la primera puesta en circulación de un producto y así protegerla contra los competidores que quisieran abusar de la posición y reputa-*

123. Sentencia de 22 de junio de 1994 (Asunto C-9/93 IHT Internationale Heiztechnik GmbH y otros/Ideal Standard GmbH y otros).

124. Sentencia de 31 de octubre de 1974 (Asunto 16/74 Centrafarm B.V./Winthrop B.V.).

ción de la marca vendiendo productos indebidamente provistos de la misma».<sup>125</sup>

#### 4.6. Licencia de uso de marca

Al igual que las patentes, las marcas son bienes muebles susceptibles de cesión por todos los medios que el derecho reconoce, lo que permite tanto su venta, como la concesión o licencia de uso de la misma, además de poder ser dada en garantía o ser objeto de otros derechos reales.<sup>126</sup>

La licencia comporta la autorización por el titular de la marca a otra persona para que utilice la misma, en exclusiva o no, en los productos que fabrique o comercialice, a cambio de un canon o *royalty*, normalmente porcentual, sobre el precio de las unidades fabricadas o vendidas con dicha marca.

#### 4.7. Franquicia («Franchising»)

La importancia adquirida últimamente por esta figura en el comercio internacional y las peculiaridades de la misma, que desbordan su encuadre como «transferencia de tecnología», justifica se le dedique un tratamiento independiente en el capítulo siguiente.

#### 4.8. Programas de ordenador («software»)

Programa de ordenador es «toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuera su forma de expresión y fijación».<sup>127</sup>

125. Sentencia de 22 de junio de 1976 (Asunto 119/75 Terrapin/Terranova).

126. Artículos 41 a 46 de la Ley española de Marcas 32/1988 de 10 de noviembre y Artículos 17 a 24 del Reglamento 40/94 de 20 de diciembre de 1993 sobre la Marca Comunitaria.

127. Artículo 96.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril de 1996. La protección jurídica de los programas de ordenador fue establecida a nivel europeo por la Directiva CE 91/250 de 14 de mayo de 1991, cuya transposición al derecho interno español se llevó a cabo por Ley 16/1993 de 23 de diciembre de 1993, derogada por dicho Texto Refundido. También el Acuerdo de Marrakech por el que se creó la Organización Mundial del Comercio (ver nota 115) consagra la protección de los programas de ordenador como obras literarias en virtud del Convenio de Berna de 24 de julio de 1911.

Los programas pueden ir fijados a soportes de diversa índole (tarjetas, cintas perforadas, cintas magnéticas, etc.) dependiendo de la naturaleza del soporte físico, el tratamiento aduanero que, como veremos, procede otorgar a estos programas en casos de importación por transmisión de la propiedad de los mismos.

Pero pueden ser también objeto de cesión del derecho de uso, mediante autorización por el titular de los programas a que sean utilizados por otro, conservando aquél la propiedad de los mismos a cambio de un canon o *royalty*.

#### 4.9. Otros contratos informáticos

La aparición de las denominadas «nuevas tecnologías de la información» en el comercio internacional y en el mundo empresarial en general, ha provocado la proliferación de otros contratos informáticos, que exceden de la mera adquisición de *software*.

Así, junto a la contratación de «software» o conjunto de programas o parte lógica para hacer funcionar el ordenador («hardware»), bien en régimen de compra-venta con transmisión de propiedad del programa, bien en régimen de licencia de uso, han ido surgiendo otras figuras contractuales que pueden clasificarse en:

a) Contratación de bases de datos, debiendo entender como tales las «colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma».<sup>128</sup> Puede realizarse de diversas maneras:

- distribución de la información por el titular de la base de datos, cediendo al distribuidor, en exclusiva o no, los derechos de explotación previamente adquiridos al autor de las obras que conforman tales datos.

- suministro de la información al usuario, permitiendo a éste acceder, siempre que lo precise, a las bases de datos del distribuidor.

- compra-venta de bases de datos, de manera que el adquirente pueda, a su vez, no sólo usarla, sino mezclarla con otras propias para después comerciar con ellas.

128. Artículo 12.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril de 1996, según redacción introducida por Ley 5/1998 de 6 de marzo que incorporó al derecho español la Directiva 96/9 de 11 de marzo de 1996 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre protección jurídica de las bases de datos.



- cesión del uso de las bases de datos, permitiendo al cesionario únicamente el uso, no la posterior venta.

- compra de bases de datos de direcciones ya impresas en etiquetas, no permitiendo al comprador la reproducción de las mismas sino sólo su empleo para envíos por correo (*mailings*).

b) Contratación de servicios (consultoría informática, auditoría informática, formación, seguridad informática, personal informático, instalación, comunicaciones y seguros de errores informáticos, fraudes y siniestros informáticos).

c) Contratos complejos como:

- subcontratación total o parcial del trabajo informático a una empresa externa («*Outsourcing*»).

- contrato de respaldo o «*back-up*» cuya finalidad es asegurar el mantenimiento de la actividad empresarial caso de que circunstancias imprevistas impidan que siga funcionando el sistema informático.

- contrato llave en mano («*turn key package*») mediante el que el proveedor se compromete a entregar el sistema creado donde le indique el cliente, asumiendo la responsabilidad del diseño, realización, pruebas, integración y adaptación al entorno informático del cliente, tanto lógico como físico.

- contrato de suministro de energía informática, mediante el que el suministrador, que posee una unidad central que permanece en sus locales, pone a disposición del usuario la misma, lo que le permite el acceso al «*software*» a cambio de un precio.

#### 4.10. Asistencia técnica

Se trata de un concepto un tanto genérico con el que suelen denominarse prestaciones tecnológicas de muy variado contenido.

Así, el Código de liberalización de operaciones invisibles y corrientes de la OCDE concibe la asistencia técnica como «*actividad relacionada con la producción y distribución de bienes y servicios en todos sus grados, suministrada por un periodo de tiempo fijado en función del objeto particular de esta asistencia y en la que se incluyen por ejemplo consultas y visitas de expertos, preparación de planos y diseños, supervisión de fabricación, estudio de mercado y formación profesional*».<sup>129</sup>

129. En nuestro país, el Tribunal Económico Administrativo Central, en Acuerdo de 22 de octubre de 1991 considera que la prestación de asistencia técnica y los contra-

Al igual que se dijo al tratar de la «*ingeniería*», el punto de vista aduanero no es coincidente con el tratamiento que a la «*asistencia técnica*» otorga la imposición directa, pese a no contenerse definición concreta de la misma ni en las normas aduaneras ni en las fiscales. Las primeras simplemente la excluyen de su ámbito de aplicación, al considerarla como «*conjunto de prestaciones posteriores a una importación de mercancías (puesta en marcha, supervisión de la planta, mantenimiento de la instalación, formación de técnicos, etc.)*», con lo que la «*asistencia técnica*» se situaría, aduaneramente hablando, en el polo opuesto de la «*ingeniería*» y de ahí su diferente tratamiento, como veremos.

Más complicado resulta, a veces, distinguir la «*asistencia técnica*» del «*Know-how*»,<sup>130</sup> sobretodo cuando se presta sin vinculación a ninguna operación de importación, y consiste simplemente en la transmisión de conocimientos a través de asesoramiento técnico, formación de personal, desplazamiento de expertos, etc. La nota diferencial entre una y otra prestación hay que buscarla en el carácter secreto y no divulgado que suele tener todo «*Know-how*», mientras que la asistencia técnica no es más que la ayuda o asesoramiento para la puesta en práctica y correcta aplicación de unos determinados conocimientos técnicos no secretos, pero sólo al alcance de personal experto o altamente cualificado que, como tal, puede interpretar y aplicarlos.

Por ello, mientras el «*Know-how*» implica cierta exclusividad en la posesión de los conocimientos transmitidos, y de ahí su carácter «*secreto*», la «*asistencia técnica*» no entraña exclusividad alguna, salvo la

tos relacionados con la misma «*pueden referirse tanto a rendimientos derivados de patentes y demás elementos integrantes de la propiedad industrial o intelectual, como a transmisión de conocimientos, asesoramiento y prestaciones de servicios por un tiempo determinado, para el establecimiento, puesta en servicio de instalaciones industriales, fabricación de un producto y, en general, cuanto se refiera a explotaciones económicas de cualquier clase*».

130. De hecho la Jurisprudencia española incluso ha llegado a asimilar ambos conceptos al de «*engineering*» o ingeniería, y así en Sentencias de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 1995 y 21 de febrero de 1995 se señala: «*El Know-how es ante todo un contrato de asistencia técnica o "engineering" y, por tanto, enmarcado en unas prestaciones de servicios que pueden abarcar desde un simple estudio técnico, hasta el suministro de bienes de equipo con patentes necesarias para su funcionamiento*». Por el contrario, el Tribunal Económico Administrativo Central, en Acuerdo de 22 de octubre de 1997 ha sentado la diferencia en el hecho de ser el Know-how un «*conocimiento secreto no patentado aplicable a la actividad productiva, que se diferencia de la asistencia técnica en que el cedente no garantiza ningún resultado derivado de la aplicación del conocimiento transmitido*».

relativa a la cualificación profesional o técnica de quien la preste, pudiendo, por tanto, ser facilitada por una pluralidad de especialistas.

#### 4.11. Participación en actividades de I + D

No existe una definición legal de los conceptos «investigación pura» e «investigación aplicada o de desarrollo», siendo por tanto aleatorios y a definir en función de las circunstancias concretas concurrentes en cada caso.<sup>131</sup> Estas actividades abarcan una serie de servicios y trabajos, de investigación tecnológica fundamentalmente, que ciertas compañías multinacionales y «joint-ventures» efectúan y que, en vez de cederlos como «know-how» o como «licencia de patente» a otras firmas, normalmente filiales o asociadas, exigen de éstas una contribución económica que permite repartir los costes de dicha investigación en función de las ventajas que de ésta obtenga cada firma participante, normalmente basadas en la cifra de negocios.

Aunque puedan considerarse estos contratos como de «transferencia de tecnología», la naturaleza de los pagos efectuados como participación en los gastos de investigación difiere sustancialmente de la de los cánones o *royalties* que se pagan por las demás prestaciones tecnológicas examinadas y que se corresponden a una información que el cesionario de la tecnología puede utilizar inmediatamente, pues se trata de un producto terminado y ensavado por el cedente, mientras que en la contribución a gastos de investigación y desarrollo, si no se llega a resultado alguno, no se obtiene provecho inmediato que pueda ser utilizado (ver más adelante nota 178).

Pese a haberse intentado ofrecer una tipología de las distintas prestaciones susceptibles de transferencia, no puede afirmarse que la «tecnología» se subdivida en una serie de compartimentos estancos independientes unos de otros pues, por una parte, lo normal es que un mismo contrato contemple, como ya se dijo, diversas prestaciones de las aquí analizadas y englobadas bajo una rúbrica común como «contrato de transferencia de tecnología», «contrato de servicios» o

131. Así se manifestó la Audiencia Nacional en Sentencia de 23 de julio de 1996 al analizar un contrato que, en términos de la propia Sentencia, «recoge una descripción de los trabajos y servicios por los que la actora realiza sus pagos, consistiendo tales trabajos y servicios en proporcionar acceso a la experiencia de la empresa matriz, así como a datos informáticos relacionados con asuntos tecnológicos, comerciales, contables, financieros, fiscales, sociales y jurídicos, todos ellos vinculados a la aplicación industrial y comercial propia del grupo de empresas».

«contrato de asistencia técnica», sin que el título que las partes hayan querido otorgar al contrato tenga trascendencia a ningún efecto, pues habrá que analizar el contenido de cada prestación en concreto para poder determinar el régimen legal aplicable, sobretudo a efectos tributarios y aduaneros.

Por otro lado, una prestación concreta puede comportar la realización de prestaciones adicionales. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de licencia de patente en el que, además de conferir al licenciatarlo el derecho a fabricar, deben suministrarse conocimientos («Know-how») y asesoramiento posterior para el perfecto desarrollo del producto a fabricar (asistencia técnica), con instrucciones precisas incorporadas a un soporte (planos, fórmulas, etc.).<sup>132</sup>

Si, además, la tecnología se encuadra dentro de un contrato de suministro de equipos, la dificultad a la hora de someter a tributación los diferentes hechos imponible que pueden derivarse de dicho contrato son evidentes, si éste no ha venido precedido en su fase de negociación del adecuado estudio sobre sus implicaciones fiscales y aduaneras.

#### 5. Régimen legal de los contratos de transferencia de tecnología

La eliminación de las trabas administrativas existentes en nuestro país en materia de control de cambios, operada tras la publicación del Real Decreto 1816/1991 (ver nota 116), ha determinado que el centro de interés de los contratos de «transferencia de tecnología» recaiga fundamentalmente en el aspecto tributario, y en la incidencia en los mismos del Derecho de la Competencia, que obliga a las partes contratantes a observar las normas que al efecto ha establecido la Comunidad Europea y que analizaremos en los apartados siguientes.

Pero previamente conviene precisar una serie de elementos o características comunes de todos estos contratos para intentar encuadrarlos jurídicamente dentro de las distintas tipologías contractuales

132. A este respecto, el artículo 76 de la Ley española de Patentes 11/1986 obliga, salvo pacto en contrario, a quien transmita una patente o conceda una licencia a «poner a disposición del adquirente o del licenciatarlo los conocimientos técnicos que posea y que resulten necesarios para poder proceder a una adecuada explotación de la invención».

que ofrece nuestro ordenamiento jurídico dado que no existe legislación uniforme al respecto, careciendo, además, de regulación específica en las distintas legislaciones internas, salvo en materias muy concretas, derivadas de la normativa sobre propiedad industrial e intelectual, y en aspectos específicos como la fiscalidad o la libre competencia, según se ha dicho antes.

Naturalmente, los contratos de transferencia de tecnología por empresas españolas a empresas extranjeras obligarán a estudiar el tratamiento otorgado a los mismos en las respectivas legislaciones nacionales de destino de las prestaciones, sobre todo en materia de autorización, registro y control de pagos por estos contratos, trabas existentes todavía en multitud de países, y que deberán ser tenidas en cuenta en la negociación de cada contrato.

### 5.1. Características de los contratos y encuadre jurídico

Los típicos contratos de «transferencia de tecnología» que interesan a los efectos de esta obra son los que comportan una colaboración entre empresas sin implicar transmisión de propiedad de la tecnología, ni de los productos que lleven incorporada una determinada tecnología utilizada para su fabricación.

Por ello no se va a abordar aquí la tecnología que se suministra incorporada a equipos, maquinaria o mercancías, por tratarse, según se dijo en el apartado 3.1, de operaciones de compra-venta internacional, ni tampoco de la tecnología que es objeto de venta o cesión definitiva a cambio de un precio, cuyo encuadre jurídico se halla también en el contrato de compra-venta de bienes muebles, carácter que, a tenor de lo expuesto anteriormente, debe otorgarse a las patentes, a las marcas, y a cualquier tipo de tecnología incorporada a un soporte físico (planos, programas, diseños, etc.) si bien, y al no tener estas últimas manifestaciones la consideración de «mercaderías», quedan excluidas del campo de aplicación de la Convención de Viena sobre compra-venta internacional.

Centraremos pues la atención en aquellos contratos que comportan la mera concesión de uso o explotación de una tecnología que son, por otra parte, los que presentan interés desde la óptica comunitaria del Derecho de la Competencia. Son los vulgarmente conocidos como «contratos de licencia», de patente, de marca y de *know-how*, pudiendo asimilar a éste, a los exclusivos efectos de encuadre jurídico, el contrato de asistencia técnica, postergando al capítulo siguiente el contrato de franquicia por entender merece un trata-

miento autónomo dada la importancia que ha adquirido en los últimos años.

Delimitada así la cuestión a estudiar en este apartado, y desde la óptica de nuestro derecho interno, pueden sintetizarse las siguientes características comunes a todos los contratos de concesión de uso, explotación o licencia de tecnología:

a) Son contratos de colaboración atípicos, al carecer de una normativa específica que los regule, salvo en aspectos y materias muy concretas, por lo que su encuadre jurídico cabe buscarlo en el derecho común y en los principios de libertad contractual y de autonomía de la voluntad, reconocidos en todas las legislaciones,<sup>133</sup> y en la teoría general del derecho de obligaciones.

b) Son contratos sinalagmáticos o bilaterales, al comportar derechos y obligaciones recíprocas para ambas partes, en función de lo que se haya pactado, desprendiéndose de ello la absoluta necesidad, para su eficacia probatoria, de que exista constancia escrita de su contenido.

c) Son contratos onerosos y de tracto sucesivo al comportar una reiterada secuencia de prestaciones-compensaciones económicas, estas últimas normalmente en forma de cánones o *royalties* calculados en función de unos parámetros de actividad llevada a cabo por el licenciataria, por ejemplo por cada unidad fabricada con la licencia concedida, o por cada producto vendido con la marca cuyo uso se autorizó mediante licencia.

d) Son contratos «*intuitu personae*», en la medida en que se establecen teniendo muy en cuenta las características y cualificaciones tanto del suministrador como del receptor de la tecnología concedida, no estando, por decirlo de algún modo, al alcance de cualquiera.

Un tema debatido en nuestra doctrina ha sido la naturaleza civil o mercantil de estos contratos, en especial del de «*know-how*». Respecto a este último F. Vicent Chuliá<sup>134</sup> lo califica de naturaleza civil, en base a que el receptor de la tecnología no efectúa una compra con ánimo de lucrarse en la reventa, sino que utiliza el *know-how* para uso propio, propugnando dicho autor la aplicación subsidiaria del Código Civil y en concreto las normas del arrendamiento de cosas.

133. El artículo 1.255 del Código Civil español proclama el derecho de los contratantes a establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, la moral ni al orden público.

134. F. Vicent Chuliá, «Compendio crítico de Derecho Mercantil», Edit. José M. Bosch, Barcelona, 1990.

Contrariamente J. Massaguer<sup>135</sup> defiende su naturaleza mercantil en base, principalmente, a que la función económica de estos contratos coincide con la de la compra-venta para uso industrial, actuando el adquirente con fines inmediatos de inversión y ánimo de lucro.

Esta cuestión, que sólo tendría relevancia caso de tener que solucionarse una eventual controversia de acuerdo con la legislación española, debido a la distinta inspiración de nuestros códigos civil y mercantil y diferente regulación que otorgan éstos al contrato de compra-venta, ha sido abordada por nuestra Audiencia Nacional al señalar, dado el carácter irreversible de toda transmisión de conocimientos, las diferencias sustanciales existentes entre el contrato de «know-how» y el de compra-venta regulado en el artículo 1.445 del Código Civil, pudiendo deducir de ello el carácter civilista reconocido al contrato.<sup>136</sup>

135. J. Massaguer, «El contrato de licencia de know-how», Edit. Bosch, Barcelona, 1989.

136. En Sentencias de 28 de junio de 1994, 24 de enero de 1995, 21 de febrero de 1995 y 1 de octubre de 1996, la Audiencia Nacional (Sección 2.ª de lo Contencioso Administrativo) bien que tratándose de una cuestión puramente tributaria, señaló extensa y claramente las diferencias entre ambos contratos, pronunciándose en estos términos:

«Si del artículo 1.445 del Código Civil, se infiere que el contrato de compra-venta es consensual, bilateral, oneroso, generalmente conmutativo, y traslativo de dominio, hay que determinar cuáles de esos caracteres inciden en el «Know-how» (saber hacer).

El «Know-how» es ante todo un contrato de asistencia técnica «engineering» y, por tanto, enmarcado en unas prestaciones de servicios que pueden abarcar desde un simple estudio técnico hasta el suministro de bienes de equipo con patentes necesarias para el funcionamiento que, como define el art. 1.º, b), del Decreto 2343/1973, de 21 de septiembre, dictado para regular, dentro de la asistencia técnica, la transferencia de tecnología extranjera consistente en la «transmisión de conocimientos no patentados... aplicables a la actividad productiva, acumulados y conservados bajo secreto y propiedad por las Empresas que los controlan».

De ello hay que deducir que la transmisión del «Know-how» se realiza mediante un contrato «consensual» como el de compra-venta, y también como ésta, «bilateral», pues produce obligaciones recíprocas para los dos contratantes: Para el transmitente, la de comunicar el «Know-how», y para el adquirente, la de pagar el precio.

El contrato por el que se transmite el «Know-how», también es «oneroso», por la misma razón que el de compra-venta, y, por último «conmutativo», por idéntico motivo.

Hasta aquí, los caracteres que, por ser comunes a la compra-venta y el «Know-how», podrían inducir a la confusión entre ambos contratos; pero existen claras diferencias entre uno y otro que se derivan tanto de las obligaciones que contraen el transmitente y el adquirente, como de los caracteres que son privativos de uno solo de dichos contratos al no poder ser predichos del otro.

En el «Know-how», por tratarse de un solo contrato y no de una serie o cuestión de ellos, el transmitente queda obligado a comunicar no sólo el «Know-how», sino también sus perfeccionamientos futuros y el adquirente se obliga, no sólo a pagar el precio, sino también a no divulgar ni transmitir la técnica no patentada pero secreta y

A tenor de lo expuesto, y a los únicos efectos de encuadre jurídico en nuestro Ordenamiento, entendemos que siendo las patentes y las marcas bienes muebles susceptibles de cesión y concesión por todos los medios que permite el derecho, según se dijo en los apartados 4.3. y 4.6, se aplicarán, en defecto de la legislación específica en la materia y de lo estipulado en el contrato de transferencia de tecnología, las normas relativas a la «compra-venta de bienes muebles» o al «arrendamiento de cosas»,<sup>137</sup> según se trate de contratos de cesión o venta de las mismas o de licencia de uso o explotación, respectivamente.

Las demás prestaciones que comporten transmisiones de conocimientos o prestaciones de servicios técnicos (ingeniería, know-how, asistencia técnica, suministro de datos o informaciones técnicas) tendrán la consideración de «arrendamiento de servicios»,<sup>138</sup> salvo que se transmitan incorporadas a un soporte material (plano, cinta, disco magnético, dibujo, etc.) y con carácter definitivo, en cuyo caso habrá que encuadrar estas operaciones como compra-venta y, por ende, como importaciones o exportaciones al tener asignadas partidas específicas en el Arancel de aduanas, como luego veremos, pese a que a efectos liquidatorios de los derechos se separe el valor de la tecnología del valor del soporte, y sin perjuicio del tratamiento que en la imposición directa pueda otorgarse a los pagos por tales transmisiones, como más adelante se verá también.

Debe tenerse en cuenta, por último, que, a efectos fiscales, la legislación comunitaria en materia de Impuesto sobre el Valor Añadido considera «prestaciones de servicios» a todas las modalidades de tecnología examinadas, tanto si son objeto de cesión o venta, como de mera concesión de uso o licencia, según se analizará en el apartado 6.1.2.

monopolizada «de facto», pues, obvio es, si se divulgara la técnica secreta y no patentada el contrato perdería su valor.

En cuanto a los caracteres que diferencian la compra-venta y el «Know-how», éste es de tracto continuado, por la permanencia y continuidad del vínculo, sin que quepa objetar a esta diferencia que el «tractum suusivum» es una de las características de la compra-venta por suministro, pues en este contrato de lo que se trata es de entregas sucesivas en cantidad y tiempo determinado, es decir, de una reiteración en el cumplimiento según las necesidades del adquirente, lo que en términos comerciales se conoce como «según pedido» y que indudablemente no se da en el «Know-how».

Por último, los contratos de «Know-how» se estipulan en atención a la persona que adquiere, lo que obvio es también, no ocurre en los contratos de compra-venta.

137. Artículos 1.542 y 1.543 del Código Civil.

138. Artículo 1.544 del Código Civil.

## 5.2. Normas de la CE en materia de competencia y principio de libre circulación de mercancías

Al igual que los contratos de distribución y por razones similares a las expuestas al tratar de éstos en el capítulo anterior, determinados contratos de transferencia de tecnología pueden incurrir en vulneraciones del artículo 85 del Tratado de Roma (ver nota 79).

El carácter de exclusiva con que acostumbran a concederse las licencias de patentes y «know-how» es anticompetitivo al limitar la posibilidad de que otros puedan beneficiarse de la innovación tecnológica sin el consentimiento del titular, lo que supone, en principio, la afectación de estos contratos por lo dispuesto en dicho artículo 85.

Pero también, y al igual que vimos al analizar los contratos de distribución exclusiva, la Comisión de la CE en base a la autorización conferida por el Reglamento 1965 aprobó dos Reglamentos de exención por categorías, uno para los contratos de licencia de patentes y modelos de utilidad, y otro para los de licencia de «know-how»<sup>139</sup> con las consabidas listas de pactos permitidos (lista blanca) y de no permitidos (lista negra), habiendo sido unificados posteriormente en un único Reglamento n.º 240/96 de 31 de enero de 1996.<sup>140</sup>

Este Reglamento declara la inaplicabilidad del artículo 85.1 del Tratado de Roma a aquellos acuerdos de licencia de patente, acuerdos de licencia de «know-how», acuerdos mixtos de licencia de patente y de «know-how» y acuerdos que incluyan cláusulas accesorias sobre derechos de propiedad intelectual diferentes de las patentes, en particular marcas, derechos sobre dibujos y modelos y derechos de autor, siempre que sus pactos no excedan de lo permitido en la «lista blanca» (artículos 1 y 2) y no contengan ninguna prohibición de la «lista negra» (artículo 3) a que haremos referencia en el epígrafe 5.4.

Quedan fuera del ámbito de este Reglamento y están sujetos exclusivamente a las respectivas normas y autoridades nacionales en materia de competencia los denominados acuerdos de menor importancia, es decir, los celebrados entre pequeñas y medianas empresas (ver nota 96) y aquellos en que las cuotas de mercado del conjunto de

139. Reglamentos 2349/84 de 23 de julio de 1984 y 556/89 de 30 de noviembre de 1988 relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE a determinadas categorías de acuerdos de licencia de patentes y de licencia de «know-how», respectivamente.

140. El Reglamento 240/96 de 31 de enero de 1996 se publicó en el D.O.C.E. L31 de 9 de febrero de 1996 y será aplicable hasta el 31 de marzo del 2006.

las empresas participantes no superen el 5 % si el acuerdo lo han celebrado empresas que operan en la misma fase de la producción o comercialización (acuerdos horizontales) y el 10 % si tales empresas operan en fases diferentes (acuerdos verticales), siendo de observancia los criterios contenidos en la Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 1997 comentados en el apartado 3.4 del Capítulo anterior, a propósito del contrato de distribución.

En la redacción del Reglamento 240/96 la Comisión tuvo que compaginar, por un lado, lo dispuesto en el artículo 85 del Tratado, que fija los principios de la libre competencia, el artículo 36, que permite el establecimiento de prohibiciones o restricciones en los intercambios intracomunitarios por razones de protección a la propiedad industrial o comercial,<sup>141</sup> y, por otro, la Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre la aplicación de ambos artículos, desde la perspectiva de salvaguardar uno de los principios fundamentales de la Comunidad: la libre circulación de mercancías.

La dificultad que planteaba el artículo 36 era conciliar su contenido con la tradicional oposición que, en aplicación del artículo 85.1, el Tribunal había manifestado a toda restricción a las denominadas «importaciones paralelas», concepto que va se trató al examinar el contrato de distribución en el apartado 3.3.b) del Capítulo anterior, así como a toda prohibición de las exportaciones (ver nota 94).

La cuestión se centraba en determinar si el titular de un derecho de marca o de patente en un Estado miembro podía o no impedir, amparado en tal derecho, la introducción y comercialización en ese Estado miembro de productos objeto de la misma marca o patente que estaban en libre circulación en el territorio de otros Estados miembros.

La respuesta del Tribunal de Justicia puede resumirse en el sentido de que el titular de una marca o una patente solo tiene el derecho exclusivo de poner por primera vez en circulación los productos am-

141. El artículo 36 del Tratado hay que examinarlo en relación con el artículo 30 que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación entre los Estados miembros, así como todas las medidas de efecto equivalente. (Como tales se han venido entendiendo trabas administrativas, controles innecesarios en los intercambios intracomunitarios o medidas parecidas que provoquen un efecto similar al de un contingente o restricción a las importaciones entre Estados miembros.)

El artículo 36 señala que no será obstáculo dicho artículo para la imposición de prohibiciones o restricciones a la importación justificadas por razones de protección a la propiedad industrial o comercial (patentes, marcas), añadiendo que «tales prohibiciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

parados en la marca u objeto de la patente, pero no podrá impedir que posteriormente circulen libremente por toda la Comunidad, siempre que esa primera puesta en circulación la haya efectuado el propio titular, o algún tercero con su consentimiento, por ejemplo, un licenciatario.<sup>142</sup>

Con ello el Tribunal vino a establecer el principio del agotamiento del derecho de marca y de patente una vez realizados los primeros actos de explotación (fabricación directa, mediante otorgamiento de licencias, y primera puesta en circulación).<sup>143</sup>

142. Sentencias de 31 de octubre de 1974 (Asunto 15/74 Centrafarm B.V./Sterling Drug Inc y Asunto 16/74 Centrafarm B.V./Winthrop B.V.), Sentencias de 22 de junio de 1994 (Asunto C-9/93 IHT Internationale Heiztechnik GmbH y otros/Ideal Standard GmbH y otros), 5 de diciembre de 1996 (Asuntos C-267/95 y C-268/95 Merck & Co. Inc. y otros/Primecrown Ltd. y otros). El mismo criterio ha sido establecido respecto a los derechos de autor en Sentencias de 8 de junio de 1971 (Asunto 78/70 Deutsche Grammophon GmbH) y de 20 de enero de 1981 (Asuntos 55 y 57/80 Musik Vertriebs Mernbarn/GEMA).

143. En Sentencia de 13 de febrero de 1979 (Asunto 85/76 Hoffmann-La Roche/Centrafarm admitió el Tribunal que el titular de una marca tiene derecho a oponerse a la importación de productos con su marca si han sido reenvasados y se ha colocado la marca sin su autorización en el nuevo envase.

Sin embargo, posteriormente en tres Sentencias de 11 de julio de 1996 (Asuntos C-427/93, C-429/93 y C-430/93 Bristol-Myers Squibb/Paranova A/S; C-71/94, C-72/94 y C-73/94, Euroim-Pharm Arzneimittel GmbH/Bayer AG y otros y C-232/94 MPA Pharma GmbH/Rhone-Poulenc Pharma GmbH) aclaró que el titular de una marca puede oponerse legítimamente a la comercialización posterior de un producto farmacéutico cuando el importador lo ha reenvasado y puesto de nuevo la marca, a menos que el estado original del producto no resulte afectado, se indique claramente en el nuevo embalaje el autor del reenvasado y el nombre del fabricante del producto, la presentación del producto reenvasado no pueda perjudicar la reputación de la marca y la de su titular (el embalaje no debe ser defectuoso ni de mala calidad o descuidado), y el importador advierta al titular de la marca, antes de la comercialización del producto reenvasado, y le proporcione, a petición de éste, un ejemplar del producto reenvasado.

También puede oponerse el titular de un derecho de marca a que un tercero retire y vuelva a poner o sustituya etiquetas en las que figure su marca y que hayan sido puestas por el propio titular en productos comercializados por él a menos que se acredite que la utilización del derecho de marca, por parte de su titular, para oponerse a la comercialización de los productos reetiquetados con esta marca contribuiría a compartimentar artificialmente los mercados entre Estados miembros; se demuestre que el reetiquetado no puede afectar al estado original del producto; la presentación del producto reetiquetado no pueda perjudicar la reputación de la marca y la de su titular, y la persona que efectúa el reetiquetado advierta de éste al titular de la marca antes de la comercialización de los productos reetiquetados (Sentencia de 11 de noviembre de 1997, Asunto C-349/95 F. Loendersloot Internationale/George Ballantyne & Son Ltd. y otros).

Por el contrario, el titular de una marca no puede oponerse a que un comerciante, que habitualmente comercializa artículos del mismo tipo pero no necesariamente de la misma calidad que los que llevan la marca, utilice dicha marca conforme a los méto-

### 5.3. El principio del agotamiento de derechos y las importaciones paralelas

El denominado «principio del agotamiento» sirve para evitar trabas en el comercio, para lo cual se limitan las facultades del titular de una patente o de una marca, de manera que sólo pueda reservarse la primera puesta en circulación en el mercado del producto protegido, por el mismo o por un tercero autorizado mediante la correspondiente licencia, agotándose, a partir de ese momento el derecho, con lo que el producto puede ya circular libremente a través de las distintas cadenas de comercialización, no pudiendo impedirlo el titular.

No siempre resulta fácil establecer con claridad cuándo cabe entender producido a nivel internacional el agotamiento del derecho del titular de una patente o una marca, de manera que no pueda ya prohibir a terceros la libre comercialización de productos fabricados con dicha patente o marca.

Ello es debido a que las respectivas legislaciones nacionales en la materia, suelen consagrar el principio del «agotamiento nacional», es decir, el producido tras la puesta en el comercio, en el interior del país, del producto protegido, por el titular o con su consentimiento.<sup>144</sup>

La cuestión espinosa, a nivel internacional, radica en determinar cual es el mercado en el cual la primera puesta en circulación del producto protegido por la patente o la marca produce el agotamiento. Si ese mercado es el nacional de un país, la primera puesta en el

dos países en su ramo de actividad, para anular al público la comercialización ulterior de dichos productos, a menos que se demuestre que, habida cuenta de las circunstancias específicas de cada caso, el empleo de la marca a estos efectos menoscaba gravemente la reputación de la misma (Sentencia de 4 de noviembre de 1997, Asunto C-337/95 Parfums Christian Dior SA y Parfums Christian Dior BV/Evora BV).

144. El artículo 53 de la Ley española de Patentes 11/1986 de 20 de marzo (ver nota 117) recoge este principio: «Los derechos conferidos por la patente no se extienden a los actos realizados en España con relación a un producto protegido por ella después de que ese producto haya sido puesto en el comercio en España por el titular de la patente o con su consentimiento expreso». Por su parte la Ley española de Marcas 32/1988 de 10 de noviembre (ver nota 122) se expresa en términos parecidos: «El derecho conferido por el registro de la marca no permitirá a su titular prohibir a los terceros el uso de la misma para productos comercializados en España con dicha marca por el titular o con su consentimiento expreso».

El Tribunal de Luxemburgo, en Sentencia de 30 de junio de 1988 (Asunto 35/87 Thierford Corp. y otros/Fiamma Spa, y otros) recalco que «en el estado del Derecho comunitario y no existiendo unificación dentro de la Comunidad ni aproximación de las legislaciones en materia de patentes, la fijación de las condiciones y modalidades de la protección corresponde a la norma nacional».

comercio hecha en dicho mercado nacional provocará el «agotamiento nacional» y únicamente protegerá la libre circulación de dicho producto dentro de ese mercado, pero no producirá el «agotamiento internacional», con lo que no quedarán protegidas las importaciones de otros países, a las que se podrá oponer el derecho del titular a la introducción en el mercado que tiene protegido.

Para que se produzca ese «agotamiento internacional» y, en consecuencia, la libertad de las importaciones debe reconocerse como mercado de puesta en circulación del producto protegido, el mundial, bastando con que se introduzca el producto en cualquier país del mundo para que pueda circular libremente.<sup>145</sup>

La Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (ver nota 142) estableció, según lo dicho, una ampliación del concepto «agotamiento nacional» a toda la Comunidad, de forma que el titular de una patente o marca no podrá, amparado en los derechos que le confieren, impedir que productos que él haya puesto en circulación, o con su consentimiento, circulen libremente por toda la Unión Europea («agotamiento comunitario»), permitiéndose de este modo las importaciones paralelas entre sus Estados miembros.

Este principio ha sido recogido en el Reglamento 40/94 de 20 de diciembre de 1993 sobre la Marca Comunitaria, y también en la Directiva 89/104 del Consejo de 21 de diciembre de 1988 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, al establecerse en ambas disposiciones que el derecho conferido por la marca «no permitirá a su titular prohibir el uso de la

145. Como señala M.R. Lohato García, «Las importaciones paralelas y la oposición de derechos de propiedad industrial», SECOMEX, n.º 52 de 23-29 abril 1990, tradicionalmente se distinguía a estos efectos entre el derecho de patentes y el derecho de marcas. Para el primero se aplicaba el principio del «agotamiento nacional» y para el segundo el «agotamiento internacional». La razón era por el distinto valor que se concedía a los derechos, considerándose al de patente más valioso al ser su objetivo fomentar la innovación y el desarrollo de la técnica, por lo que se le aplicaba el principio del agotamiento nacional. Solo la introducción en el mercado nacional hace que el producto se convierta en «libre» y no pueda hallar trabas a la circulación, subsistiendo la posibilidad de oposición a las importaciones.

En cambio el principio del «agotamiento internacional» se aplicaba a las marcas por considerar que éstas cumplen una función distinta de productos o de servicios que se efectúa a través de una indicación de origen o de procedencia empresarial. La tendencia actual sin embargo es aplicar el principio del agotamiento nacional también a las marcas siendo un claro ejemplo la postura adoptada por EE.UU., en la Sentencia de la US Court of Appeal de 7 de abril de 1987, que no permitió la importación en dicho país de muñecas que habían sido comercializadas en España con licencia del titular americano.

misma para productos comercializados en la Comunidad bajo esa marca por el titular o con su consentimiento».<sup>146</sup>

En Sentencias más recientes el mismo Tribunal de Justicia ha introducido importantes aclaraciones al principio del agotamiento y así, a modo de resumen de su propia Jurisprudencia ha señalado en la de 22 de junio de 1994 (ver nota 123):

«Hay que excluir, como contraria a los artículos 30 y 36 del Tratado, la aplicación de una ley nacional que atribuya al titular de la marca en el Estado de importación el derecho a oponerse a la comercialización de productos que hayan sido puestos en circulación en el Estado de exportación por el mismo o con su consentimiento. Este principio, llamado de agotamiento del derecho, opera cuando el titular de la marca en el Estado de importación y el titular de la marca en el Estado de exportación son idénticos, o cuando, incluso siendo personas distintas, están económicamente vinculados. Son varias las situaciones que contempla: productos puestos en circulación por la misma empresa, o por un licenciataria, o por una sociedad matriz, o por una filial del mismo grupo o, también, por un concesionario exclusivo. Para que la marca pueda desempeñar su cometido, debe constituir la garantía de que todos los productos designados con la misma han sido fabricados bajo el control de una única empresa, a la que pueda hacerse responsable de su calidad.»

Los productos fabricados en países terceros, no miembros de la CE, y que se hallen en libre práctica por haber sido legalmente importados en un Estado miembro, gozan de idéntica libertad de circulación,<sup>147</sup> pero no ocurre lo mismo con productos importados direc-

146. Artículos 13 apartado 1 del Reglamento 40/94 y 7 apartado 1 de la Directiva 89/104. Sin embargo ambos preceptos establecen en el apartado 2, que lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará «cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su comercialización.

147. Así lo ha establecido el Tribunal de Luxemburgo en Sentencia de 20 de marzo de 1997 (Asunto C-352/95, Phytel International SA/Jean Bourdon SA) al señalar: «El artículo 7 de la Directiva 89/104 del Consejo de 21 de diciembre de 1988 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de una norma nacional en el Estado miembro A, en virtud de la cual el titular de un derecho de marca puede impedir la importación de un producto protegido por la marca en una situación en la que el producto ha sido fabricado en un país tercero, ha sido importado en el Estado miembro B por el titular de la marca o por otra sociedad que pertenece al mismo grupo que el titular de la marca, ha sido adquirido lícitamente en el Estado miembro B por un comerciante independiente que lo ha exportado al Estado miembro A, no ha sido objeto de ninguna transformación y el envase no ha sido modificado, salvo la inclusión en la etiqueta de determinadas menciones exigidas por la legislación del Estado miem-

tamente de un país tercero, y así lo ha indicado recientemente la Comisión europea en respuesta a pregunta formulada en el Parlamento europeo.

Por su interés, se reproduce el texto de dicha respuesta, facilitada por la Comisión en fecha 19 de marzo de 1997:

*«Para evitar una segmentación injustificada del mercado interior y garantizar la libre circulación de productos o servicios protegidos por una marca, el Consejo, a propuesta de la Comisión, armonizó a escala comunitaria los aspectos de las legislaciones nacionales sobre marcas que tienen una incidencia más directa, sobre el funcionamiento del mercado interior. El Tribunal de Justicia, por su parte, desarrolló la teoría del agotamiento comunitario.*

*La Directiva sobre marcas establece en el apartado 1 de su artículo 7 el principio del agotamiento comunitario, que no internacional, al disponer que «el derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento». La Directiva sobre marcas (al igual que el Reglamento sobre la marca comunitaria) constituye, por lo que se refiere al aspecto del agotamiento de derechos, una disposición de armonización total de las materias en ella contempladas y no presenta ningún carácter mínimo u opcional, que haría renacer el riesgo de fraccionamiento del mercado interior. Por otra parte, esta posición se ve respaldada por el examen de los trabajos preparatorios de la Directiva, de los que se desprende que la primera versión de la misma contemplaba el principio del agotamiento internacional. La propuesta de la Comisión fue modificada posteriormente a raíz de la postura adoptada por el Parlamento y el Consejo, que explícitamente se pronunciaron a favor del agotamiento comunitario.*

*En lo que concierne a la Jurisprudencia, la decisión «Gefürbte Jeans» del Tribunal Supremo alemán —en la que se declara que, tras la entrada en vigor de la nueva ley alemana relativa a la protección de marcas, el principio del agotamiento internacional del derecho conferido por la marca ya no es aplicable y que, por consiguiente, la importación de productos de marca procedentes de terceros países es ilegal y puede ser prohibida por el titular de la marca— se conforma a la Directiva 89/104/CEE. La Sentencia del «Tribunal de Commerce de Bruxe-*

bro de importación, y los derechos de marca en los Estados miembros A y B son propiedad del mismo grupo».

Esta doctrina ha sido también aplicada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) en Sentencia de 29 de septiembre de 1995.

*lles - Salle de Référé», que se cita como fallo en sentido inverso, representa, por tanto, una jurisprudencia contraria a la Directiva».*

Por el contrario, en materia de patentes el nuevo Reglamento 240/96 incorpora unas medidas de protección a los titulares y licenciarios (las marcas quedan fuera de su ámbito de aplicación salvo que su licencia se conceda como cláusula accesoria de la licencia de patente o de Know-how), que restringen la libre circulación de productos protegidos, bien que con determinadas condiciones y límites temporales. Se trata, en concreto, de la exención reconocida a las prohibiciones de exportación que pueden imponerse tanto al licenciante como al licenciario, y a la prohibición de que el licenciario comercialice el producto bajo licencia en los territorios concedidos a otros licenciarios (prohibición de competencia activa y pasiva). Según indica el propio Reglamento en su preámbulo (Considerando 11) estas exenciones no prejuzgan el eventual desarrollo de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la luz de los artículos 30 a 36 y del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

Habrà que ver pues cómo se pronuncia el Tribunal respecto a la compatibilidad de estas prohibiciones con dichos artículos pues al otorgar el Reglamento validez a las cláusulas contractuales de prohibición de exportar en el interior de la Comunidad consagra una regla que está en total contradicción con los objetivos del Tratado y con la Jurisprudencia hasta ahora establecida; y, además, provoca el contrario sentido de que las partes en el contrato pueden verse constreñidas, por pacto al efecto, a no exportar, y, en cambio, terceros que no estén vinculados por limitaciones territoriales estipuladas en los contratos, puedan acogerse al principio de libre circulación, y cuya limitación si está prohibida por el artículo 3 (lista negra): «obligar a las partes o a una de ellas, sin razones objetivamente justificadas a negarse a atender los pedidos de suministros efectuados por usuarios o revendedores establecidos en su respectivo territorio que se dediquen a comercializar los productos en otros territorios del mercado común».

#### 5.4. Cláusulas permitidas y no permitidas

Al igual que en los Reglamentos 1983/83 y 1984/83 examinados al tratar del contrato de distribución, el Reglamento 240/96 separa aquellas obligaciones y conductas que, pese a suponer una restricción de la competencia, se permiten, sin riesgo de ser declaradas nulas (lista blanca), de aquellas otras que no se permiten y, en consecuencia, impiden la aplicación de la exención (lista negra):



a) Restricciones y obligaciones permitidas (lista blanca) <sup>148</sup>

- A cargo del suministrador o licenciante de la tecnología:

1) No autorizar a otras empresas la explotación de la tecnología concedida en el territorio otorgado al licenciario, es decir, otorgar la explotación de la licencia en exclusiva.

2) No explotar el propio licenciante por sí mismo la tecnología concedida en exclusiva en el territorio otorgado al licenciario. <sup>149</sup>

3) Otorgar al licenciario las condiciones más favorables en la explotación de la licencia que pudiese otorgar a otra empresa en un momento posterior a la celebración del contrato.

4) Reservarse la facultad de ejercer los derechos que le confiere una patente para oponerse a la explotación por el licenciario de la tecnología fuera del territorio concedido.

5) Reservarse el derecho a rescindir el contrato si el licenciario impugna el carácter secreto o sustancial del «know-how» concedido o la validez de cualquier patente concedida bajo licencia dentro del mercado común y que pertenezca al licenciante o a empresas vinculadas a él.

6) Reservarse el derecho a poner fin al acuerdo de licencia de una patente si el licenciario afirma que dicha patente no es necesaria.

7) Reservarse el derecho a poner fin a la exclusiva del licenciario y a dejar de concederle licencias sobre las mejoras, cuando el licenciario compita en el mercado común con el licenciante, con empresas vinculadas a éste o con empresas en el ámbito de la investigación y desarrollo, de la producción o utilización de los productos competidores y su distribución.

8) Reservarse el derecho a exigir al licenciario que aporte la prueba de que el «know-how» concedido no se utiliza para la fabricación de productos y la prestación de servicios distintos de los productos y servicios objeto de licencia.

- A cargo del licenciario de la tecnología:

1) obligación de no explotar la tecnología concedida en el territorio del licenciante dentro del mercado común;

148. Artículos 1 y 2 del Reglamento 240/96.

149. Tratándose de acuerdos puros de licencia de patentes sólo se concederán las exenciones por concesión de exclusivas previstas en este apartado y en el anterior cuando en el territorio del licenciario el producto objeto de licencia esté protegido por patentes paralelas, es decir, que el titular tenga también registrada la patente en dicho territorio y la limitación impuesta no tenga una duración superior a cinco años.

2) obligación de no fabricar o utilizar el producto bajo licencia o de no utilizar el procedimiento bajo licencia en los territorios del mercado común concedidos a otros licenciarios;

3) obligación de no practicar una política activa de comercialización del producto bajo licencia en territorios del mercado común concedidos a otros licenciarios y, en particular, de no hacer publicidad expresamente destinada a dichos territorios, de no establecer en ellos ninguna sucursal y de no mantener en los mismos ningún almacén para la distribución del producto;

4) obligación de no comercializar el producto bajo licencia en los territorios concedidos a otros licenciarios dentro del mercado común, como respuesta a pedidos de suministro no solicitados;

5) obligación de utilizar solamente la marca de fábrica del licenciante o la presentación determinada por éste para distinguir el producto bajo licencia durante el periodo de validez del acuerdo, siempre que no se impida al licenciario identificarse como fabricante del producto bajo licencia;

6) obligación de limitar la producción del producto bajo licencia a las cantidades necesarias para la fabricación de sus propios productos, y de vender dicho producto tan sólo como parte integrante o pieza de repuesto de sus propios productos, o de cualquier otra forma relacionada con la venta de los mismos, siempre y cuando el licenciario fije libremente tales cantidades.

Estas seis exenciones no son absolutas pues el propio Reglamento impone unas condiciones para su aplicación (existencia de patentes paralelas en los demás Estados miembros, en caso de acuerdos puros de licencia de patentes) y unos límites temporales (cinco años para la exención de la prohibición de ventas pasivas del punto 4, diez años para las exenciones de acuerdos puros de «know-how» salvo en cuanto a la prohibición de ventas pasivas que será de cinco años, y en los últimos dos puntos, que durará mientras esté vigente el contrato y el «know-how» siga siendo secreto y sustancial).

Así por ejemplo, si una empresa japonesa concede a otra española licencia exclusiva para fabricar un determinado producto, con obligación de no efectuar ventas en territorios concedidos a otros licenciarios europeos durante un plazo de cinco años, si bien la empresa española ve limitada su actividad comercial durante ese periodo de tiempo, tiene, por otro lado, la seguridad que, de acuerdo con los contratos paralelos de licencia establecidos por la firma japonesa con el resto de licenciarios europeos, todas las ventas de productos objeto de licencia en España se harán por el licenciario español sin

intervención de los demás licenciatarios, al menos, durante cinco años.

Pero ello no impedirá, como se dijo en el apartado anterior, al final, que el producto se venda por terceros a quienes hayan vendido otros licenciatarios.

7) obligación de no divulgar el «*know-how*» comunicado por el licenciante; el licenciatario podrá quedar sujeto a esta obligación después de la expiración del acuerdo;

8) obligación de no conceder sublicencias o de no ceder la licencia;

9) obligación de no explotar la patente o el «*know-how*» concedidos después de la expiración del acuerdo, siempre que y mientras el «*know-how*», siga siendo secreto o las patentes sigan estando en vigor;

10) obligación de conceder al licenciante una licencia sobre las mejoras o nuevas aplicaciones que hubiera aportado a la tecnología concedida, siempre que:

- en caso de mejoras disociables, la licencia no sea exclusiva, de forma que el licenciatario pueda utilizar libremente las mejoras aportadas por él mismo o conceder licencias a terceros, en la medida en que ello no suponga una divulgación del «*know-how*» que le hubiera comunicado el licenciante y que sigue siendo secreto;

- el licenciante se comprometa a conceder al licenciatario una licencia, exclusiva o no, sobre sus propias mejoras;

11) obligación de respetar las especificaciones mínimas de calidad del producto bajo licencia -incluidas las técnicas- o de obtener productos o servicios del licenciante o de una empresa por él designada, siempre que dichas especificaciones de calidad y dichos productos o servicios sean necesarios para:

a) garantizar una explotación técnicamente correcta de la tecnología concedida; o

b) garantizar que la producción del licenciatario se ajusta a las especificaciones mínimas de calidad aplicables al licenciante y a otros licenciatarios, y de autorizar al licenciante para realizar los controles correspondientes;

12) obligaciones:

a) de informar al licenciante de toda apropiación indebida del «*know-how*» o de toda falsificación de las patentes objeto de licencia;

b) de entablar o de prestar ayuda al licenciante para entablar acciones ante los tribunales en caso de apropiación indebida o de falsificación;

13) obligación de continuar abonando los cánones:

a) hasta la expiración del acuerdo, con arreglo a los importes, períodos y modalidades de pago libremente establecidos por las partes, cuando el «*know-how*» pase a ser del dominio público por causas no imputables al licenciante, sin perjuicio del pago de una eventual indemnización adicional si el «*know-how*» pasa a ser del dominio público como consecuencia de una acción del licenciatario en infracción del acuerdo;

b) durante un periodo superior al periodo de validez de las patentes concedidas, por motivos de facilidades de pago;

14) obligación de limitar la explotación de la tecnología concedida a una o varias de las aplicaciones técnicas de aquella, o a uno o varios mercados de productos;

15) obligación de pagar un canon mínimo o de producir una cantidad mínima de los productos bajo licencia o de realizar un número mínimo de operaciones de explotación de la tecnología concedida;

16) obligación de mencionar en el producto bajo licencia el nombre del licenciante o el número de la patente concedida;

17) obligación de no utilizar la tecnología del licenciante para construir instalaciones para terceros; esta obligación se entenderá sin perjuicio del derecho del licenciatario de aumentar la capacidad de sus instalaciones o de crear otras nuevas para su propio uso en condiciones comerciales normales, lo que incluye el pago de cánones suplementarios;

18) obligación del licenciatario de entregar a un cliente determinado solamente una cantidad limitada del producto bajo licencia, cuando la licencia se conceda con el fin de proporcionar a dicho cliente una segunda fuente de suministro dentro del territorio concedido. Esta disposición se aplicará también cuando el cliente sea el licenciatario y la licencia que se hubiere concedido con el fin de constituir una segunda fuente de suministro prevea que el cliente debe fabricar los productos bajo licencia o mandarlos fabricar por un subcontratista;

19) obligación del licenciatario de fabricar y comercializar lo mejor posible el producto bajo licencia;

b) Restricciones y obligaciones no permitidas (lista negra) <sup>190</sup>

La exención no será aplicable cuando:

150. Artículo 3 del Reglamento 240/96.

1) una de las partes esté sujeta a limitaciones de fijación de precios, de componentes de los precios o de descuentos en los productos bajo licencia;

2) se restrinja la libertad de una de las partes para competir, dentro del mercado común, con la otra, con empresas vinculadas a esta última o con otras empresas en los ámbitos de la investigación y el desarrollo, la producción o utilización de productos competidores y su distribución;

3) se obligue a las partes, o a una de ellas, sin razones justificadas objetivamente.<sup>151</sup>

a) a negarse a atender los pedidos de suministros efectuados por usuarios o revendedores establecidos en su respectivo territorio que se dediquen a comercializar los productos en otros territorios del mercado común;

b) a restringir la posibilidad, para los usuarios o revendedores, de comprar los productos de otros revendedores del mercado común y, en particular, cuando dichas partes ejerzan derechos de propiedad intelectual o tomen medidas para impedir que dichos usuarios o revendedores obtengan fuera del territorio concedido o comercialicen en el productos que han sido legalmente comercializados en el mercado común por el licenciante o con su consentimiento, o cuando dichos comportamientos sean el resultado de una concertación entre ellas;

4) las partes fueran ya fabricantes competidores antes de la concesión de la licencia y una de ellas esté sujeta, dentro de un mismo sector técnico de aplicación o en un mismo mercado de productos, a limitaciones respecto de la clientela a la que puede atender, en particular, mediante la prohibición de suministrar a ciertas categorías de usuarios, de emplear ciertas formas de distribución o de utilizar, a efectos de reparto de la clientela, ciertos tipos de presentación de los productos;

5) una de las partes esté sujeta a limitaciones respecto de la cantidad de los productos bajo licencia fabricados o vendidos o respecto del número de actos de explotación de la tecnología concedida;

151. Aquí se recogen las tradicionales prohibiciones de restringir las importaciones paralelas por vías ajenas a la cadena de licenciatarios, lo cual representa el contrasentido al que se aludía en el apartado 5.3, al final, dada la validez de las cláusulas de prohibición de exportar impuestas al propio licenciante o a los licenciatarios.

6) se obligue al licenciatario a ceder al licenciante todos o parte de los derechos sobre las mejoras o nuevas aplicaciones de la tecnología concedida;

7) se obligue al licenciante, aun cuando sea mediante otros acuerdos o mediante una prórroga automática de la duración inicial del acuerdo debido a la inclusión de nuevas mejoras, durante un periodo superior al permitido, a no conceder a otras empresas licencias para la explotación de la tecnología concedida en el territorio concedido, o se obligue a una de las partes, durante un periodo superior al permitido, a no explotar la tecnología concedida en el territorio de la otra parte o de otros licenciatarios.

La exención prevista en el Reglamento 240/96 se aplicará también a los acuerdos que contengan obligaciones restrictivas de la competencia no contempladas en los artículos 1 y 2 y que no entren en el ámbito de aplicación del artículo 3, siempre que dichos acuerdos se notifiquen a la Comisión y que ésta no se oponga a dicha exención en un plazo de cuatro meses, en particular cuando:

a) se obligue al licenciatario, en el momento de la celebración del acuerdo, a aceptar especificaciones de calidad u otras licencias o a solicitar bienes o servicios que no son necesarios para explotar de forma técnicamente correcta la tecnología concedida o para garantizar que la producción del licenciatario se ajusta a las especificaciones de calidad respetadas por el licenciante y por otros licenciatarios;

b) se prohíba al licenciatario impugnar el carácter secreto o sustancial del «know-how» concedido o la validez de cualquier patente concedida bajo licencia dentro del mercado común y que pertenezca al licenciante o a empresas vinculadas a él.

c) Conductas que pueden provocar se retiren por la Comisión los beneficios de la exención general.<sup>152</sup>

La Comisión podrá retirar el beneficio de la exención si comprueba que un acuerdo declarado exento en base al Reglamento 240/96, produce efectos incompatibles con el artículo 85.3 del Tratado, y, en particular cuando:

1) el efecto del acuerdo sea impedir que los productos bajo licencia compitan de forma efectiva, en el territorio concedido, con productos o servicios idénticos o considerados por el usuario como in-

152. Artículo 7 del Reglamento 240/96.

tercambiables o sustituibles debido a sus propiedades, precio o utilización, lo que podría ocurrir, en particular, cuando la cuota de mercado del licenciataria sea superior al 40 %;

2) sin razón justificada objetivamente, el licenciataria se niegue a atender pedidos de suministro espontáneos de usuarios o revendedores establecidos en el territorio de otros licenciataria. (Esto se entiende sin perjuicio de la posibilidad de prohibición de ventas pasivas que hayan podido imponerse al licenciataria durante el indicado plazo de cinco años);

3) las partes:

a) se nieguen, sin razón justificada objetivamente, a atender pedidos de suministro realizados por usuarios o revendedores establecidos en su territorio respectivo que se dediquen a comercializar los productos en otros territorios del mercado común; o

b) restrinjan la posibilidad, para los usuarios o revendedores, de comprar los productos de otros revendedores del mercado común, y en particular cuando dichas partes ejerzan derechos de propiedad intelectual o tomen medidas para impedir que dichos usuarios o revendedores obtengan fuera del territorio concedido o comercialicen en el productos que han sido legalmente comercializados en el mercado común por el licenciante o con su consentimiento;

4) las partes fueran fabricantes competidores en el momento de la concesión de la licencia, y las obligaciones del licenciataria de producir una cantidad mínima y de explotar en las mejores condiciones la tecnología concedida, tengan por efecto impedir que el licenciataria utilice tecnologías competidoras.

## 6. Tributación de las transferencias internacionales de tecnología

Otro de los aspectos importantes que en la actualidad presentan estos contratos es el tratamiento fiscal que debe otorgarse a los mismos, debiendo tener en cuenta, como ya se dijo, que el régimen tributario variará sustancialmente en función de que la tecnología transferida esté o no relacionada con un suministro de mercancías.

Ello exige que, en primer lugar, y en aras de una mejor exposición y comprensión, distingamos los supuestos en que existe transferencia de tecnología junto con suministro de mercancías, de los que solamente existe transferencia de tecnología, sin mercancías.

## 6.1. Transferencias de tecnología junto con suministro de mercancías

Siguiendo la línea expositiva empleada en el apartado 3, vamos a referirnos a un primer grupo de supuestos en los que la tecnología es complemento de una operación de compra-venta internacional de «mercancías» o tiene algún punto de vinculación con una operación de este tipo, y, en consecuencia, se produce bien una importación o una exportación, bien una adquisición o una entrega intracomunitaria de bienes, según se trate de intercambios con países terceros no miembros de la Comunidad Europea, o se trate de operaciones entre firmas establecidas en la Comunidad.

Los tributos indirectos que inciden en una importación en el territorio de la Comunidad Europea son los siguientes:

### 6.1.1. Derechos de aduanas

Dada la ausencia de derechos de aduanas en los intercambios intracomunitarios, es evidente que tales derechos sólo afectarán a operaciones de importación de terceros países.

Toda importación de mercancías queda sujeta al pago de los derechos previstos en el Arancel de Aduanas, en función de la partida arancelaria en que se clasifique tal mercancía y sobre la base imponible representada por el «valor en aduanas» de la misma.<sup>153</sup>

Siempre que dicho valor en aduanas reflejado en la factura del suministrador extranjero sea admisible para la valoración, si la comprobación administrativa detecta que en relación con dichas mercancías hay pagos por conceptos tecnológicos, éstos pasarán a formar parte del «valor en aduanas» de aquellas en los siguientes casos y con las prevenciones y requisitos que pasamos a comentar:

153. En los Estados miembros de la CE el «valor en aduanas» es el definido en el art. 29 del Código Aduanero, aprobado por Reglamento n.º 2913/92 del Consejo de 12 de octubre de 1992: «su valor de transacción, es decir, el precio efectivamente pagado o por pagar por las mercancías cuando éstas se vendan para su exportación con destino al territorio aduanero de la Comunidad, ajustado, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 32 y 33...».

Esta definición está basada en el denominado Código del Valor del GATT y se aplica en toda la CE y en los países adheridos a dicho Código.

## a) Pagos por ingeniería

Normalmente los costes de la ingeniería empleada para la fabricación de instalaciones o bienes de equipo importados figurarán ya incluidos en el precio facturado por éstos y soportarán los tipos arancelarios correspondientes a la partida arancelaria en que se clasifican los mismos.

No obstante, puede ocurrir que, como ya dijimos en el apartado 3, el vendedor facture estos servicios separadamente del precio de la «mercancía», sobretodo cuando suministra planos, maquetas o diseños. En tal caso debe adicionarse a dicho precio el importe de la ingeniería relativa a la fabricación de la instalación de que se trate.

Como a veces un mismo contrato incluye no sólo la ingeniería para la fabricación, sino que, bajo la misma rúbrica, se incluyen estudios y servicios a realizar con posterioridad a la importación (planos relativos a la instalación y puesta en marcha, vigilancia y coordinación de los trabajos de instalación, etc.) deberá desglosarse el coste de estos últimos ya que no forman parte del valor en aduanas de las mercancías, en el que solamente cabe integrar los servicios anteriores o coincidentes con la importación, no los posteriores a la misma.<sup>154</sup>

En ocasiones es el propio comprador el que facilita gratuitamente al suministrador la ingeniería bajo la cual debe éste fabricar la mercancía encargada. En tales casos, se sumarán al precio pagado o por pagar por las mercancías importadas los «trabajos de ingeniería, de desarrollo, artísticos y de diseño, planos y croquis, realizados fuera de la Comunidad y necesarios para la producción de las mercancías importadas».<sup>155</sup>

Para que tal ajuste o incremento al valor de las mercancías se produzca son necesarios tres requisitos:

- Que la ingeniería haya sido suministrada, directa o indirectamente por el comprador, gratuitamente o a precios reducidos.

154. Así lo ha entendido el Comité Técnico de Valoración en Aduana en estudios sobre casos concretos, al señalar que forman parte del precio total realmente pagado o por pagar de acuerdo con el contrato de venta, los gastos relativos a la ingeniería, creación y perfeccionamiento necesarios para la construcción de la planta, al diseño de los planos y dibujos que han de utilizarse en la construcción de la planta, y a asistencia técnica realizada antes de la importación de la planta, no debiendo incluirse las prestaciones realizadas en el país de importación.

Para poderse efectuar tal desglose debe individualizarse en el contrato el precio de cada prestación, al objeto de evitar que la Administración considere como ingeniería incrementable al valor en aduanas la totalidad de los servicios facturados.

155. Artículo 32 del Código Aduanero.

- Que los trabajos de ingeniería, diseño, planos o croquis hayan sido realizados fuera de la Comunidad.

- Que tales conceptos tecnológicos hayan sido utilizados en la producción y venta de las mercancías importadas y sean necesarios para la fabricación de las mismas.<sup>156</sup>

Idéntico incremento sobre el valor en aduanas debe producirse respecto a herramientas, matrices, moldes y similares utilizados en la producción de las mercancías importadas, si concurren los tres requisitos citados.

## b) Cánones y derechos de licencia

Los cánones o «royalties» y los derechos de explotación de una licencia pagados por un importador pueden quedar afectados por los derechos de aduanas si tienen relación con mercancías de importación.

A tales efectos, deben tenerse en cuenta las prevenciones y requisitos que, para la inclusión de tales cánones en el valor en aduanas de las mercancías con que se relacionan, vienen establecidos en el Reglamento CEE n.º 2454/93 de la Comisión de 2 de julio de 1993 por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Código Aduanero.

Según este Reglamento se consideran «cánones y derechos de licencia» el pago por la utilización de derechos (no, por tanto, los pagos por venta o cesión definitiva de patentes, marcas u otras manifestaciones de la propiedad industrial o intelectual), que se refieren a:

- la fabricación de la mercancía importada (sobretodo patentes, dibujos, modelos y conocimientos técnicos de fabricación).

- la venta para su exportación de la mercancía importada (en especial, marcas de fábrica o comerciales, modelos registrados).

- La utilización o la reventa de la mercancía importada (especialmente, derechos de autor, procedimientos de fabricación incorporados a la mercancía importada de forma inseparable).<sup>157</sup>

156. En Nota explicativa incorporada como Anexo 32 del Reglamento CEE 2454/93 de 2 de julio de 1993 se contienen determinados criterios para la correcta aplicación por las autoridades aduaneras de estos incrementos sobre el valor en aduanas de las mercancías.

157. Artículo 157 del Reglamento 2454/93. Según la Nota Explicativa unida como Anexo 32 al mismo Reglamento los «cánones y derechos de licencia» pueden comprender, entre otros, los pagos efectuados por patentes, marcas comerciales y derechos de autor, lo que comporta que todo tipo de canon que venga obligado a pagar el impor-

El término cánones debe entenderse en sentido amplio, es decir, tanto «royalties» porcentuales sobre precios de venta unitarios, como derechos fijos, siempre que supongan una contraprestación por la utilización de la tecnología concedida y no representen, por tanto, la contraprestación por una venta o cesión definitiva.

Para que tales cánones o derechos sean incrementables en el valor en aduanas de mercancías importadas por el pagador de los mismos deben cumplirse estos dos requisitos:

- que el pago de los cánones esté relacionado con las mercancías que se valoran.
- que dicho pago constituya una condición de venta de dichas mercancías.

El cumplimiento de ambos requisitos<sup>158</sup> plantea en la práctica innumerables problemas interpretativos a la hora de concretar el grado de relación entre el canon pagado y la mercancía importada, por un lado, y cuándo este pago constituye una condición de venta de dicha mercancía.

El propio Reglamento 2454/93, contiene algunas normas aclaratorias al respecto, y así:

- Se considerarán cumplidas ambas condiciones cuando el vendedor de la mercancía, o una persona vinculada al mismo, pide al comprador que efectúe dicho pago (art. 160).

- Cuando el método de cálculo del importe de un canon o de un derecho de licencia se refiera al precio de la mercancía importada, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el pago de dicho canon o derecho de licencia está relacionado con la mercancía que se valora (art. 161).<sup>159</sup>

tador, sea por licencia de patente, de uso de marca o de «Know-how», podrá tener incidencia en el valor de la mercancía importada si se refieren a la fabricación de la misma o a su utilización o reventa posterior.

158. Estos requisitos vienen exigidos en el mismo artículo 157, apartado 2.

159. Dada la extensa casuística que puede plantearse al respecto, habrá que ver en cada caso si el pago del canon cumple o no los dos requisitos del apartado 2 del artículo 157 del Reglamento 2454/93 pues, como ha señalado en España el Tribunal Económico Administrativo Central en Acuerdo de 11 de junio de 1992, aunque exista una clara relación entre el canon y la mercancía importada, no constituirá una «condición de venta de las mercancías» cuando deba pagarse tanto si existe como si no importación de mercancías, pues en tal caso «el canon será una contraprestación al derecho de licencia pero no al suministro de mercancías efectuado por el licenciante».

También son interesantes a este respecto las opiniones consultivas 4.1, 4.2, 4.3, 4.4 y 4.5 emitidas por el Comité Técnico de Valoración en Aduana, que pueden consultarse en anexo a la Circular n.º 931, de 29-11-1985 (B.O.E. de 13-12-1985).

Constituye tarea ardua a veces el determinar la relación existente entre el canon que debe pagarse por unidades completas fabricadas en el país de importación cuando en dicha fabricación han intervenido elementos de importación y elementos o trabajos de origen nacional o comunitario.

A este respecto el Reglamento fija las siguientes precisiones:<sup>160</sup>

- Cuando la mercancía importada constituya sólo un componente o un elemento constitutivo de mercancías fabricadas en la Comunidad, el ajuste del precio efectivamente pagado o por pagar por la mercancía importada sólo se podrá efectuar si el canon o derecho de licencia guardan relación con esta mercancía.

- La importación de mercancías sin montar o que sólo tengan que experimentar una operación sencilla antes de su reventa, como su disolución o envasado, no excluirá que el canon o el derecho de licencia se consideren relacionados con las mercancías importadas.

- Si los cánones o derechos de licencia se relacionan en parte con las mercancías importadas y en parte también con otros componentes o elementos constitutivos incorporados a las mercancías después de su importación o incluso con prestaciones o servicios posteriores a la importación, sólo podrá efectuarse un reparto adecuado sobre la base de datos objetivas y cuantificables.

Como a veces no es posible repartir la incidencia del canon, determinando qué parte del mismo debe atribuirse a los componentes importados al objeto de incrementar su importe al valor en aduanas de éstos, por carecer de datos objetivos y cuantificables, en tales casos no procederá incremento de valor alguno.<sup>161</sup>

#### c) Cánones por licencia de uso de marca

Los cánones que un importador deba pagar por la licencia obtenida para utilizar una marca de fábrica o comercial son objeto de espe-

160. Artículo 158 del Reglamento 2454/93.

161. Tal podría ser el caso, que a modo de ejemplo, se menciona en la Nota Explicativa incorporada como Anexo 32 del Reglamento 2454/93: se paga un canon basado en el precio de venta, en el país de importación, de un litro de un determinado producto, importado por Kilos y transformado en una solución después de la importación. Si el canon se basa, en parte, en las mercancías importadas y, en parte, en otros elementos que no tienen ninguna relación con las mismas (caso de que las mercancías importadas, por ejemplo, se mezclen con ingredientes de origen nacional y dejen de ser identificables separadamente, o cuando el canon no se pueda distinguir de acuerdos financieros especiales entre comprador y vendedor), no sería adecuado efectuar un incremento por razón del canon.

cial atención en el Reglamento 2454/93 al establecer que su importe se sumará al precio efectivamente pagado o por pagar por la mercancía importada únicamente si concurren estos tres requisitos:

- que el canon o derecho de licencia afecte a las mercancías revendidas en el mismo estado en que se importaron o que hayan sido objeto de una operación sencilla después de su importación.

- que estas mercancías se comercialicen con la marca -puesta antes o después de la importación- por la que se paga el canon o el derecho de licencia.

- que el comprador no goce de libertad para adquirir esas mercancías a otros proveedores no vinculados al vendedor.<sup>162</sup>

#### d) Pagos por asistencia técnica

Como ya se dijo al tratar de la «ingeniería», solamente son incrementables al valor en aduanas de una mercancía los servicios relacionados con la misma anteriores o coincidentes con su importación, no formando parte de dicho valor los posteriores.

Consecuente con dicho principio, el Código Aduanero<sup>164</sup> excluye del valor en aduanas de las mercancías importadas, y siempre que sean diferentes del precio efectivamente pagado o por pagar por éstas: «Los gastos relativos a trabajos de construcción, instalación, montaje, mantenimiento o asistencia técnica, realizados después de la importación, y relacionados con mercancías importadas tales como instalaciones, máquinas o material industrial».

Debe pues prestarse mucha atención a la hora de confeccionar un contrato en el que se prevea el suministro de mercancías y, además, asistencia técnica u otros servicios posteriores a su importación por-

162. Además de los dos requisitos establecidos en el artículo 157, apartado 2 (relación del pago del canon con la mercancía importada, y que constituya una condición de venta de ésta), deben cumplirse estos tres requisitos específicos de los cánones por uso de marca, exigidos en el artículo 159, lo que excluye que pueda incrementarse el canon en el valor de la mercancía si no concurre uno de dichos cinco requisitos y ello es frecuente que suceda si, por ejemplo, el pago del canon no es una condición de venta impuesta por el vendedor de la mercancía, según lo dicho en el apartado b) anterior, si la mercancía se revende con la marca después de haber sufrido una transformación importante o si el comprador goza de libertad para adquirir las mercancías a otros proveedores no vinculados al vendedor, lo cual puede demostrarse bien por el contenido del propio contrato, bien por la práctica comercial del licenciataria, si revela un elevado índice de importaciones, de las cuales sólo una parte fueron adquiridas a la firma concedente de la licencia.

163. Artículo 33 del Código Aduanero aprobado por Reglamento 2913/92 de 12 de octubre de 1992.

que claramente debe quedar reflejado, para evitar la incidencia de los derechos de aduanas sobre dichos servicios, que se producirán con posterioridad a la importación, debiendo, además, individualizarse su importe ya que una facturación global por una instalación en la que no se distinguiera el importe de cada prestación podría provocar que la Administración aduanera tomara todo el valor del contrato como valor en aduanas de la mercancía importada, corriendo a cargo del importador la carga de la prueba relativa a cuál era el precio de la asistencia técnica posterior a la importación, para poder deducirlo del valor global del contrato.<sup>164</sup>

#### 6.1.2. Impuesto sobre el Valor Añadido

A diferencia de los derechos de aduanas que sólo inciden en operaciones de importación, el IVA se devenga tanto por importaciones de terceros países como por adquisiciones intracomunitarias, pese a que su mecánica liquidatoria es distinta, lo que obliga a establecer, a efectos de este impuesto las siguientes diferenciaciones:

##### a) IVA a la importación

Cuando se produzca el hecho imponible «importación»,<sup>165</sup> se liquidará por la Aduana de despacho el IVA sobre la base imponible formada por el valor en aduanas de las mercancías (incrementado en su caso con el importe de la tecnología que, a tenor de lo expuesto en el apartado 6.1.1, deba formar parte del mismo), y adicionado de los siguientes conceptos: impuestos, derechos, exacciones y demás gravámenes que se devenguen fuera del territorio de aplicación del impuesto, así como los que se devenguen con motivo de la importación, con excepción del IVA, y los gastos accesorios, como comisiones y gastos de embalaje, transporte y seguro que se produzcan hasta el

164. La referencia a gastos «posteriores a la importación» debe interpretarse con flexibilidad, según el Comité Técnico de Valoración (Comentario 9.1), en el sentido de abarcar también actividades realizadas antes de la importación si se realizan como parte de la instalación de las mercancías importadas, por ejemplo, los gastos de asentamiento de unos cimientos de hormigón en los que deba instalarse posteriormente la maquinaria a importar.

165. Según el artículo 17 de la Ley 37/1992 de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, inspirada en la 6.ª Directiva de la CE, importación es la entrada en el interior del país de un bien que no cumple las condiciones previstas en los artículos 9 y 10 del Tratado Constitutivo de la CEE (que no se halle en libre práctica), o que provenga de un país tercero.

primer lugar de destino de los bienes en el interior de la Comunidad.<sup>166</sup>

De esta forma, al someterse la importación de mercancías al IVA, se estará gravando con este impuesto a la tecnología que, en función de lo dicho anteriormente, deba incrementarse al valor en aduanas de aquéllas.

#### b) IVA en los intercambios intracomunitarios

El régimen transitorio del IVA, vigente en toda la CE hasta que se implante la tributación por este impuesto en el país de procedencia de las mercancías, comporta que en operaciones realizadas entre sus Estados miembros, sea el adquirente quien deba autoliquidar dicho impuesto en el país de destino, sobre el importe total de la factura emitida por el otro suministrador comunitario, sin que, a tales efectos, tenga trascendencia alguna el tipo de prestación tecnológica transferida con las mercancías ya que todo lo suministrado tributará IVA, al tipo normal vigente en el país de destino, careciendo, por tanto, de interés en estas operaciones la incidencia que pueda tener la tecnología sobre el valor de las mercancías, dada la no sujeción a derechos de aduanas como consecuencia de la plena realización del mercado interior desde 1 de enero de 1993, y la consiguiente supresión de trámites aduaneros en operaciones intracomunitarias.

En tanto no se implante el sistema de devengo en origen, en los intercambios intracomunitarios, en general, deben tenerse en cuenta estas precisiones:

- El vendedor no debe incluir el IVA en su factura, siempre que los bienes sean físicamente transportados hacia otro Estado miembro de la CEE, para lo cual deberá cumplimentar el formulario INSTRAS-TAT, y su cliente esté identificado como sometido al IVA en otro Estado miembro.

La factura que establezca para la transacción deberá incluir su número de IVA y el número de IVA de su cliente, así como todas las indicaciones que normalmente deban figurar en una factura.

- El comprador deberá satisfacer el IVA, mediante autoliquidación, en el Estado miembro de llegada de los bienes que haya comprado. Si no posee establecimiento en ese Estado miembro, precisará que un representante fiscal pague el IVA.

<sup>166</sup>. Artículo 83 de la Ley 37/1992 de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido.

#### 6.2. Transferencias de tecnología sin suministro de mercancías

La tributación indirecta de los contratos de transferencia de tecnología se simplifica considerablemente cuando comportan prestaciones aisladas, es decir, sin que tengan éstas vinculación o relación con importaciones de mercancías, y ello por la sencilla razón de que no existiendo introducción física en el país de bienes corporales, no existe «importación» y, en consecuencia, no se devengan derechos de aduanas, con lo que la tecnología pasa a convertirse exclusivamente en una prestación de servicios sometida al Impuesto sobre el Valor Añadido.

##### 6.2.1. Las transferencias de tecnología como prestaciones de servicios

Dado el carácter residual que tiene, a efectos del IVA, el hecho imponible «prestación de servicios»,<sup>167</sup> todas las prestaciones tecnológicas analizadas en el apartado 4 tendrán, a efectos del IVA, la consideración de «prestaciones de servicios», tanto si comportan la venta o cesión de las mismas, como la mera concesión de licencia de explotación o uso temporal.<sup>168</sup>

<sup>167</sup>. Según el artículo 11 de la Ley 37/1992 se entiende como prestación de servicios «toda operación sujeta al citado tributo que, de acuerdo con esta Ley, no tenga la consideración de entrega, adquisición intracomunitaria o importación de bienes».

<sup>168</sup>. Así, el artículo 70 de la Ley 37/1992, al tratar del lugar de realización de las «prestaciones de servicios» señala que se entenderán prestados en el territorio de aplicación del impuesto los siguientes servicios, cuando el destinatario sea un «empresario o profesional y radique en dicho territorio la sede de su actividad económica o tenga en el mismo un establecimiento permanente o, en su defecto, el lugar de su domicilio:

«a) Las cesiones y concesiones de derechos de autor, patentes, licencias, marcas de fábrica o comerciales y los demás derechos de propiedad intelectual o industrial.»

«d) Los servicios profesionales de asesoramiento, auditoría, ingeniería, gabinete de estudios, abogacía, consultores, expertos contables o fiscales y otros análogos.»

«e) El tratamiento de datos por procedimientos informáticos, incluido el suministro de productos informáticos específicos.»

«f) El suministro de informaciones, incluidos los procedimientos y experiencias de carácter comercial.»

Dada la amplitud de conceptos contenidos en estos cuatro epígrafes, la totalidad de prestaciones susceptibles de integrar un contrato de transferencia de tecnología tendrá encuadre en uno u otro de ellos, tanto si la transmisión es a título de cesión o venta a cambio de un precio, como si lo es a modo de concesión de licencia de uso o explotación temporal o cambio de un canon o *royalty*, o de un derecho de autor.



La peculiaridad del régimen de IVA aplicable a estas prestaciones consiste en que el sujeto pasivo no es el prestador del servicio, sino la persona destinataria del mismo.<sup>169</sup>

Ello provoca una mecánica liquidatoria similar a la examinada anteriormente para los intercambios intracomunitarios, es decir, deberá el receptor de la tecnología autoliquidar el IVA correspondiente al pago o pagos que, de una vez o periódicamente, deba efectuar al suministrador de la misma, tanto si éste reside en otro estado miembro de la CE como si radica en un país tercero, peculiaridad esta última derivada del hecho de no existir importación física de «mercancías», y no tener intervención alguna la aduana.

Sin embargo, es importante matizar este último aserto por cuanto determinadas prestaciones tecnológicas pueden comportar introducción física de mercancías y su necesaria presentación a la aduana cuando proceden de países terceros. Nos referimos concretamente a las transferencias en que la tecnología se incorpora a un soporte material que, como tal, tiene la consideración de «mercancía» susceptible de ser tarifada en una partida del Arancel de Aduanas.

En tales prestaciones, la técnica que se transmite no es solamente un puro concepto «invisible» desde el momento en que se plasma en un bien corporal (papel, microfilm, cinta, disco magnético, etc.) que, como tal, debe ser importado de acuerdo con la clasificación prevista en dicho Arancel. Los casos típicos son los planos y dibujos técnicos y los programas de ordenador.

Sin embargo, la cada vez más generalizada transmisión de informaciones tecnológicas por medios electrónicos ha llevado a la Organización Mundial del Comercio a proponer la exoneración de derechos de aduanas a las transacciones efectuadas por dichos medios, propuesta asimismo respaldada por la Comunidad Europea, equiparándose en tal sentido estas transmisiones a las efectuadas por fax o por acceso a bases de datos mediante ordenador, sin que ello afecte a la sujeción a IVA de estas operaciones, como «prestaciones de servicios», según lo dicho en el apartado anterior.

169. En términos del artículo 84.2 de la Ley 37/1992 «los empresarios o profesionales para quienes se realicen las operaciones sujetas a gravamen, cuando las mismas se efectúen por personas o entidades no establecidas en el territorio de aplicación del impuesto».

## 6.2.2. Planos y dibujos técnicos

La contratación de un servicio de ingeniería, de «Know-how» o de asistencia técnica comporta normalmente que el suministrador, independientemente de los servicios inmateriales que pueda prestar, facilite información técnica, incorporada a un soporte documental.

También como consecuencia de la cesión de una patente o marca suele producirse la transmisión de información relativa a la misma.

Cuando, por la razón que sea, se produzca una importación de documentos como planos o dibujos técnicos debe tenerse presente que, como tales, tendrán que declararse y clasificarse en la partida 49.06 del Arancel Aduanero Común que es libre de derechos, por lo que la única incidencia tributaria será la liquidación del IVA sobre el valor total de los mismos.

No obstante, como se dijo antes, debe tenerse en cuenta que si los planos y dibujos forman parte integrante de la ingeniería utilizada para la fabricación del producto importado, el importe de los mismos formará parte del valor en aduanas de dicho producto, cualquiera que sea el medio por el que se hayan enviado, quedando sometidos, por tanto, a los tipos del derecho arancelario e IVA que satisfaga dicho producto, resultando exonerados de derechos, no de IVA, en todos los demás casos, tanto si se refieren a prestaciones posteriores a la importación (planos de montaje por ejemplo), como si se importan aisladamente de toda importación de mercancía, por ser en este último caso libre de derechos la partida arancelaria 49.06.

A diferencia de las prestaciones tecnológicas invisibles, el IVA correspondiente a los planos y dibujos lo liquidará la Aduana, cuando sean originarios de terceros países, por concurrir el hecho imponible «importación», debiendo autoliquidarlo el comprador, en la forma vista para los intercambios intracomunitarios, cuando procedan de otro país comunitario, bien por ser originarios del mismo, bien por hallarse en libre práctica en tal país.

## 6.2.3. Programas de ordenador

El «software» también puede transmitirse incorporado a un soporte físico, normalmente una cinta o disco magnético de la posición arancelaria 85.24, que, a diferencia de los planos, si pagan derechos de importación si proceden de terceros países, siendo, lógicamente, libres de derechos en los intercambios intracomunitarios.

Sin embargo, la base imponible para la liquidación de los derechos de aduanas no será el valor total de los programas sino que sólo se tendrá en cuenta el coste o el valor del soporte propiamente dicho, sin incluir el coste o valor de los datos o instrucciones, a condición de que este coste o valor se distinga del coste o valor del soporte informático.<sup>170</sup>

De esta forma se diferencia lo que es la tecnología propiamente dicha (datos o instrucciones registradas), del soporte físico que, como tal, es una mercancía tarifable en el arancel y cuyo valor material, que debe indicar el suministrador en su factura separadamente del de la tecnología incorporada, estaría representado por el coste de elaboración de la cinta o disco que sirve de soporte a tales datos o instrucciones.

Al igual que en los planos, el IVA a la importación lo liquidará la Aduana, siendo la base imponible el valor total del programa y su soporte informático, si se trata de productos normalizados.<sup>171</sup> Ello significa que si, como suele ocurrir con programas informáticos no *standard* sino especialmente realizados para un determinado usuario, el suministrador factura el valor del soporte a los efectos de su despacho en aduanas, y separadamente el valor de la información incorporada, mediante un precio fijo o a base de cánones o derechos de autor, la Aduana deberá liquidar, por un lado, los derechos y el IVA sobre el valor del soporte y, por otro, el IVA de la información contenida en el mismo si en el momento de la importación se conoce su importe. Caso contrario, el importador deberá autoliquidar dicho impuesto como «prestación de servicios» cada vez que tenga que efectuar pagos por la información recibida.<sup>172</sup>

170. Así lo dispone el artículo 167 del Reglamento CEE 2454/93, en el cual se afirma, en primer lugar, que el término «soporte informático» no abarcará los circuitos integrados, los semiconductores, ni los dispositivos similares o los artículos que incorporan dichos circuitos o dispositivos, sin duda por tratarse de elementos con sustantividad propia y partida específica en el arancel; y, en segundo lugar, que el término «datos o instrucciones» no abarcará las grabaciones sonoras, cinematográficas o de video.

171. Artículo 83, regla especial 5 de la Ley 37/1992.

172. En la Ley 37/1992 del IVA se considera prestación de servicios el «suministro de productos informáticos específicos» (art. 70.5.a), por cuya razón el sujeto pasivo del IVA será el receptor de tales productos, quien deberá autoliquidarlo tanto en el caso indicado, como cuando se trate de operaciones intracomunitarias.

### 6.3. Rendimientos obtenidos por transferencias de tecnología

#### 6.3.1. Concepto y tributación de los rendimientos

Aparte de la incidencia que tiene la tributación indirecta analizada en el apartado anterior en los contratos de transferencia de tecnología, es conveniente tener en cuenta el régimen fiscal aplicable, dentro de la imposición directa o sobre beneficios, a los rendimientos económicos obtenidos por el cedente de la tecnología ya que es norma común de todos los países someter a imposición local dichos rendimientos mediante una retención o *withholding tax*, aun cuando el perceptor radique en un país diferente y ajeno, por tanto, a la soberanía fiscal del país pagador de los mismos.

En materia de imposición directa y al no existir armonización a nivel de Estados miembros de la CE en esta materia, habrá que estar a lo que dispongan al respecto las distintas legislaciones tributarias internas, no pudiendo, a diferencia de lo expuesto en cuanto a derechos de aduanas e IVA, establecer un tratamiento uniforme ni siquiera a nivel comunitario.

173. En España el tipo aplicable sobre estos pagos es actualmente el 25 %, aunque susceptible de modificación anual por Ley de Presupuestos, aplicable sobre una base comprendida por los rendimientos que obtengan los sujetos pasivos por obligación real sin mediación de establecimiento permanente, constituida por la cuantía íntegra devengada.

En los casos de prestaciones de servicios, asistencia técnica, gastos de instalación o montaje derivados de contratos de ingeniería y, en general, de actividades empresariales o profesionales realizadas en España sin establecimiento permanente podrán deducirse de la cuantía íntegra devengada las siguientes partidas:

a) Sueldos, salarios y cargas sociales del personal desplazado a España, o contratado en territorio español, empleado directamente en las actividades productoras de los ingresos, siempre que se justifique o garantice debidamente el ingreso del impuesto o de los pagos a cuenta correspondientes a los rendimientos del trabajo satisfechos.

b) Materiales importados para su incorporación definitiva a las obras o trabajos realizados en territorio español, por el importe declarado a efectos de la liquidación de derechos arancelarios o del Impuesto sobre el Valor Añadido.

c) Aprovisionamiento realizados en territorio español de materiales para su incorporación definitiva a las obras o trabajos realizados en el mismo, siempre que las facturas hayan sido expedidas con los requisitos formales exigidos por las normas reguladoras del deber de expedir y entregar facturas que incumben a empresarios y profesionales (artículo 71 del Reglamento del IRPF aplicable tanto a sujetos pasivos del mismo como del Impuesto de Sociedades).

La declaración e ingreso del impuesto debe realizarse mediante el documento 210 regulado en la Orden Ministerial de 31 de enero de 1992, aun cuando debido a la liberalización de los pagos al exterior introducida por el Real Decreto 1816/1991 de 20 de diciembre (ver nota 116), ya no es necesario acreditar el pago con carácter previo a la transferencia de los rendimientos.

La enorme importancia que tiene conocer el coste fiscal del rendimiento que piensa obtener todo concedente o licenciante de tecnología mediante los cánones o *royalties* exigidos al licenciario o receptor de dicha tecnología hará imprescindible examinar con atención el tratamiento fiscal otorgado a tales rendimientos en la legislación del país pagador y en los Convenios internacionales existentes, lo que deberá ser tenido en cuenta a la hora de confeccionar el oportuno contrato.

A efectos de tributación directa no será el contenido de la prestación tecnológica en sí lo que determinará el tratamiento fiscal aplicable, como ocurre en materia aduanera, según lo dicho, sino la naturaleza de la contraprestación recibida por el transmitente de la tecnología, que estará en función del derecho que transmita al receptor, debiendo por ello distinguir según se ceda plenamente la propiedad de un bien (patente, marca), o simplemente se conceda el uso de una determinada prestación tecnológica.

De ahí que la legislación sobre fiscalidad directa no sea tan precisa como la normativa aduanera a la hora de diferenciar un tipo u otro de prestación pues lo realmente importante es analizar si una determinada transferencia de tecnología comporta la compra-venta de la misma a cambio de un precio, o bien una licencia o concesión de uso temporal, a cambio de un rendimiento en forma de canon o *royalty*, o derecho de explotación, ya que solamente estos rendimientos quedan sometidos a tributación.<sup>174</sup>

A veces puede resultar problemático diferenciar cuando se está en presencia de una compra-venta internacional de tecnología y cuando se trata de una concesión de uso, sobre todo si lo transmitido son conocimientos que, una vez enseñados son irreversibles (*know-how*),

174. Los rendimientos obtenidos en España por un no residente quedan sometidos al impuesto sobre Sociedades o al de la Renta de Personas Físicas, según la naturaleza del receptor, a tenor de los artículos 40 de la Ley 43/1995 de 27 de diciembre del Impuesto sobre Sociedades y 11.uno.b) de la Ley 18/1991 de 6 de junio del IRPF, que declaran a los no residentes sujetos pasivos de tales impuestos por obligación real.

El artículo 70, apartados c) y g), del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 1841/91 de 30 de diciembre, y el artículo 45 de la Ley 43/1995 del Impuesto de Sociedades, apartados c) y f), consideran rentas obtenidas en España por no residentes los rendimientos derivados de prestaciones de servicios tales como la realización de estudios, proyectos, asistencia técnica, apoyo a la gestión, así como de servicios profesionales, cuando la prestación se realice o utilice en territorio español, y los cánones satisfechos por personas o entidades residentes en España.

aspecto éste que, como se dijo antes (ver nota 136) ha sido reiteradamente abordado y clarificado por la Jurisprudencia.

También pueden presentarse discrepancias de tributación aplicables cuando se trata de cesiones tecnológicas incorporadas a productos que le sirven de mero soporte y que se transmiten mediante compra-venta, generando la correspondiente importación de «mercancías».

Ello se debe a la práctica común de todos los países de excluir de la tributación nacional los beneficios obtenidos por un no residente como consecuencia de compra-ventas internacionales de mercancías, lo cual motiva a los importadores de estos productos a intentar defender que se trata de compra-ventas de mercancías y no de adquisiciones de tecnología.<sup>175</sup>

### 6.3.2. Convenios para evitar la doble imposición internacional

Para impedir que los rendimientos obtenidos de una transferencia internacional de tecnología, gravados por el país pagador con tipos generalmente bastante elevados, puedan ser de nuevo sometidos a tributación en el país del receptor de los mismos dentro del impuesto personal sobre beneficios al mismo aplicable, muchos países tienen suscritos entre sí Convenios internacionales para evitar dicha doble imposición, cuya aplicación práctica se traduce en una eliminación, en algunos casos, o en una disminución, en otros, de la retención en la fuente, exonerando al pagador de los rendimientos de toda obligación al respecto, o bien obligándole a deducir e ingresar un tipo infe-

175. En España el Tribunal Económico Administrativo Central, en Acuerdos de 25 de septiembre y 22 de octubre de 1991, abordó la cuestión al reiterarse el primer a programas de ordenador, y el segundo a planos para diseño de un proceso, considerando prestaciones tecnológicas sujetas a retención, salvo que se tratara de informaciones o programas estandarizados que pudieran distribuirse como producto comercial al alcance de cualquier usuario, en cuyo caso sí podría considerarse existente una importación sujeta a derechos e IVA exclusivamente y exenta de retención. En posterior Acuerdo de 23 de julio de 1997 ha precisado el mismo Tribunal que la cesión de uso de un programa de ordenador es una transferencia de tecnología, debiendo tener la consideración de cánones los pagos derivados de la prestación del servicio.

La Dirección General de Tributos por su parte en consulta vinculante de 22 de mayo de 1984 respondió que «la importación de lenguajes de programación, sistemas operativos y utilidades de ayuda al programador supone la realización de una operación de importación que incorpora en razón de su propio contenido un aspecto importante de asistencia técnica, cuya retribución debe ser considerada como un rendimiento obtenido en España y, como tal, sujeto al Impuesto sobre Sociedades, siendo sujeto pasivo del mismo la entidad vendedora no residente».

rior al aplicable con carácter general a perceptores de países con los que no exista Convenio.

El Convenio establece qué rendimientos deben quedar sujetos a tributación en el país pagador y a qué tipo impositivo,<sup>176</sup> englobándose los rendimientos de transferencias internacionales de tecnología dentro del concepto «*cánones*», término que, según se aclara en los inspirados en el modelo divulgado por la O.C.D.E., comprende las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso o la concesión de uso de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, así como por el uso o la concesión de uso de equipos industriales, comerciales o científicos, y las cantidades paga-

176. Los países con los que España tiene hasta la fecha suscrito Convenio para evitar la doble imposición son los siguientes: ALEMANIA (Convenio de 5.12.1966, B.O.E. de 3 de abril de 1968), ARGENTINA (Convenio de 21.7.1992, B.O.E. de 9 de septiembre de 1994), AUSTRALIA (Convenio de 24.3.1992, B.O.E. de 29 de diciembre de 1992), AUSTRIA (Convenio de 20.12.1966, B.O.E. de 6 de enero de 1968, modificado por Protocolo de 24.2.1995, B.O.E. de 2 de octubre de 1995), BELGICA (Convenio de 24.09.1970, B.O.E. de 27 de octubre de 1972), BRASIL (Convenio de 14.11.1974, B.O.E. de 31 de diciembre de 1975), BULGARIA (Convenio de 6.03.1990, B.O.E. de 12 de julio de 1991), CANADA (Convenio de 23.11.1976, B.O.E. de 6 de febrero de 1981), COREA DEL SUR (Convenio y Protocolo de 17.1.1994, B.O.E. de 15 de diciembre de 1994), CHINA (Convenio de 22.11.1990, B.O.E. de 25 de junio de 1992), DINAMARCA (Convenio de 3.07.1972, B.O.E. de 28 de enero de 1974), ECUADOR (Convenio de 20.05.1991, B.O.E. de 5 de mayo de 1993), ESLOVAQUIA (Convenio de 8.5.1980, B.O.E. de 14 de julio de 1981), ESTADOS UNIDOS (Convenio de 22.02.1990, B.O.E. de 22 de diciembre de 1990), FILIPINAS (Convenio y Protocolo de 14.03.1989, B.O.E. de 15 de diciembre de 1994), FINLANDIA (Convenio de 15.11.1967, B.O.E. de 11 de diciembre de 1968), FRANCIA (Convenio y Protocolo de 10.10.1995, B.O.E. de 12 de junio de 1997), HUNGRÍA (Convenio de 9.07.1984, B.O.E. de 24 de noviembre de 1987), INDIA (Convenio y Protocolo de 8.02.1993, B.O.E. de 7 de febrero de 1995), IRLANDA (Convenio y Protocolo de 10.02.1994, B.O.E. de 27 de diciembre de 1994), ITALIA (Convenio de 8.09.1977, B.O.E. de 22 de diciembre de 1980), JAPON (Convenio de 13.2.1974, B.O.E. de 2 de diciembre de 1974), LUXEMBURGO (Convenio de 3.06.1986, B.O.E. de 4 de agosto de 1987), MARRUECOS (Convenio de 10.7.1978, B.O.E. de 22 de mayo de 1985), MÉXICO (Convenio de 24.7.1992, B.O.E. de 27 de octubre de 1994), NORUEGA (Convenio de 25.4.1963, B.O.E. de 17 de julio de 1964), PAÍSES BAJOS (Convenio de 16.6.1971, B.O.E. de 16 de octubre de 1972), POLONIA (Convenio de 15.11.1979, B.O.E. de 15 de junio de 1982), PORTUGAL (Convenio de 29.3.1968, B.O.E. de 31 de marzo de 1970), REINO UNIDO (Convenio de 21.10.1975, B.O.E. de 18 de noviembre de 1976), REPÚBLICA CHECA (Convenio de 8.5.1980, B.O.E. de 14 de julio de 1981), RUMANIA (Convenio de 24.5.1979, B.O.E. de 2 de octubre de 1980), RUSIA (Convenio de 1.03.1985, B.O.E. de 22 de septiembre de 1986), SUECIA (Convenio de 16.6.1976, B.O.E. de 22 de enero de 1977), SUÍZA (Convenio de 26.4.1966, B.O.E. de 3 de marzo de 1967) y TUNEZ (Convenio de 2.07.1982, B.O.E. de 3 de marzo de 1987).

das por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

Del concepto de «*cánones*» contenido en los Convenios suscritos por España<sup>177</sup> se extraen las siguientes conclusiones:

- a) Se refiere a cualquier clase de pago efectuado por el receptor de la tecnología, tanto si es en forma porcentual como si se trata de una cuantía fija a tanto alzado, de pago único o periódico.
- b) Tales cánones deben representar la contraprestación por el uso o la concesión de uso de la tecnología transferida y no, por tanto, el pago del precio de una compra-venta de los derechos o bienes objeto de transferencia, ni tampoco los pagos efectuados como contribución a gastos de I + D (investigación y desarrollo).

177. Aun cuando el modelo de Convenio de la OCDE, tiende a que la tributación de los cánones se produzca en el país de residencia del receptor, España, sin duda por su carácter de importador, nato de tecnología en épocas pasadas, ha impuesto en la mayoría de Convenios la obligación de que sean gravados en la fuente, si bien a un tipo inferior al general del 25% que (ver nota 173) se aplica en ausencia de Convenio.

Salvo en los Convenios con Hungría y Bulgaria, en que no se contempla tributación en la fuente, se reconoce al Estado pagador del canon un derecho de imposición reducido que varía según los casos y que, por lo que respecta a las prestaciones de tecnología aquí examinadas, son los siguientes:

- 5% en los Convenios con Alemania, Austria, Bélgica, Eslovaquia, Finlandia, Francia, Noruega, Portugal, República Checa, Rusia y Suiza.
- 6% en los Convenios con Dinamarca y Países Bajos.
- 8% en el Convenio con Italia.
- 10% en los Convenios con Argentina, Australia, Canadá, Corea del Sur, China, Ecuador, EE.UU., India, Irlanda, Japón, Lituania, Marruecos, México, Polonia, Reino Unido, Rumanía, Suecia y Tailandia.
- 15% en el Convenio con Brasil y Filipinas.

Algunos Convenios estipulan un tipo especial para los derechos de autor (Brasil, Ecuador, EE.UU., Irlanda, Italia y Marruecos), por lo que deberían tenerse en cuenta en transferencias por las que deban satisfacerse unos derechos de este tipo.

Para los Estados miembros de la Unión Europea existe un Proyecto de Directiva tendiente a eliminar la retención en la fuente por patentes de *inventions* e *inventions* entre empresas comunitarias, con lo que la tributación de dichos pagos pasará a producirse únicamente en el Estado miembro donde radique la empresa receptora.

178. Según el Comité de Asuntos fiscales de la OCDE, la retención en la fuente que existe en ciertos países sobre los cánones no debe percibirse cuando las partes hayan concluido un acuerdo de contribución a los gastos de los trabajos de I + D, ya que tales pagos son elementos que integran el cálculo de los beneficios comerciales y tienen un carácter diferente de los cánones.

Así lo ha admitido también el Tribunal Económico Administrativo Central en Acuerdo de 22 de octubre de 1997 al señalar que, a diferencia del *Know-how* o la asistencia técnica en que tiene lugar una verdadera transmisión de conocimientos o prestaciones de servicios, en los acuerdos de contribución a gastos de I + D no existen tales prestaciones, lo que determina que las cantidades a pagar a la entidad que efectúa el proyecto no pueden ser calificadas como canon o rendimiento del capital mobiliario ya que no se realizan en concepto de contraprestación.

c) Quedan sujetos a gravamen en la fuente tanto los cánones derivados de manifestaciones de la propiedad intelectual (por ejemplo unos programas de ordenador, unos planos o unos diseños), como los derivados de la propiedad industrial (licencia de patente, uso de marca, «*Know-how*» o asistencia técnica).

## 7. Terminación del contrato

### 7.1. Duración del contrato

Los contratos de transferencia de tecnología pueden establecerse, al igual que los anteriormente examinados, por tiempo determinado o indeterminado, a voluntad de las partes, si bien lo normal es fijar un plazo de duración concreto y normalmente bastante largo con el fin de que el licenciatario o receptor de la tecnología pueda asimilarla plenamente y amortizar las inversiones que el desarrollo de la misma haya exigido, así como el coste de los cánones o *royalties* pactados.

Al licenciatario o receptor de la tecnología interesará, normalmente, establecer la vida del contrato en un plazo lo más dilatado posible, mientras que el licenciante o cedente de la misma preferirá un periodo más corto, aunque con posibilidad de prórrogas si la actividad del licenciatario se ha revelado productiva.

Lo más frecuente es establecer contratos de duración determinada, a medio o largo plazo, con posibilidad de denuncia por cualquiera de ambas partes caso de incumplimiento, aunque también es frecuente el señalamiento de un plazo breve (de 1 a 3 años), con posibilidad de prórroga automática, salvo denuncia de una u otra parte mediante el correspondiente preaviso.

Dada la autonomía de la voluntad que rige en la materia, dependerá la duración del contrato de lo que libremente estipulen las partes, y así, y al igual que se dijo a propósito del contrato de distribución en el apartado 4.1 del Capítulo anterior, si el contrato estipula un plazo de duración limitado, mantendrá sus efectos durante dicho plazo y el de sus eventuales prórrogas si se hubiesen previsto, sin perjuicio de la resolución anticipada caso de incumplimiento.

Si el contrato se pacta por tiempo indefinido cabrá la rescisión unilateral siempre que no se traspasen los límites de la equidad y la buena fe y se cumplan los términos del contrato, en especial el plazo de preaviso si se pactó (ver notas 104 y 218).

### 7.2. Efectos de la terminación del contrato

Sea cual fuere la duración del contrato, la finalización del mismo por transcurso del término pactado o el de sus prórrogas no da derecho, salvo pacto expreso al efecto, a indemnización alguna al no existir norma imperativa que lo establezca.

Consecuentemente, sólo en caso de incumplimiento será de aplicación el principio general de indemnización por daños y perjuicios que toda vulneración contractual lleva consigo en base a la teoría del incumplimiento de obligaciones al que ya se hizo referencia al tratar del contrato de distribución y así, el incumplimiento del plazo de preaviso pactado o la rescisión con abuso o mala fe por parte del cedente de la tecnología acarrearía la obligación de indemnizar al receptor de la misma los daños y perjuicios causados.

Tampoco el licenciatario o receptor de la tecnología, en virtud del mismo principio, queda exento de la obligación de indemnizar al cedente de la misma si el incumplimiento de las obligaciones por aquel asumidas en el contrato causara un perjuicio a este último, por ejemplo si explota la tecnología de forma inadecuada y ello afecta negativamente a la reputación de la marca, o divulga indebidamente el *know-how* recibido.

Sin embargo, la peculiaridad de estos contratos, en los que a su terminación el receptor o licenciatario sigue teniendo en su poder los conocimientos adquiridos y puede continuar utilizándolos indebidamente, obliga al cedente o licenciante a adoptar una serie de medidas tendentes a que cesen los efectos que venga produciendo el contrato incumplido o terminado. Piénsese, por ejemplo, el caso en que, tras la ruptura contractual, continúa el licenciatario explotando la patente concedida o la marca cuyo uso se concedió mediante licencia.

La lentitud de los Tribunales de Justicia dificulta enormemente el que pueda obligarse coactivamente a que cese tal utilización, haciendo prácticamente inoperante, por tardía, la Sentencia que recaiga, o incluso el laudo arbitral si se optó por esta vía de resolución de conflictos.

De ahí que cobren especial interés las medidas cautelares que toda legislación contempla para asegurar la efectividad de la Sentencia o laudo que imponga la obligación de cesar en la utilización de la tecnología concedida, que pueden comportar desde el precinto de la maquinaria e instalaciones del licenciatario, la retirada forzosa de

rótulos anunciadores de la marca, hasta cualquier otra medida coactiva para proteger al titular de la tecnología.<sup>179</sup>

## 8. Pautas para la formalización de un contrato internacional de transferencia de tecnología

### 8.1. La selección de la tecnología y del proveedor de la misma

El carácter selectivo de los contratos examinados, en los que el «*intuitu personae*» constituye una de sus características esenciales, como ya se dijo en el apartado 5.1, impide puedan establecerse recomendaciones generales en cuanto a la negociación de los mismos y elección de los cedentes y destinatarios de la tecnología a transferir. Esto último dependerá de lo novedoso de la tecnología, su éxito comercial, tamaño y magnitud de las empresas involucradas, su capacidad técnica y su disponibilidad de información acerca de las distintas fuentes de abastecimiento tecnológico.

La selección de la tecnología y del proveedor de la misma es un proceso complejo y delicado que debe abordarse con sumo cuidado pues de ello dependerá el éxito de la operación y la rentabilidad de la inversión.

Entre los factores a evaluar para hacer la selección adecuada podemos citar los siguientes:

a) Si la tecnología a adquirir ha demostrado ya comercialmente su eficacia y si existen o no otros licenciatarios de la misma.

b) Si el adquirente de la tecnología tiene la necesaria capacidad técnica de absorción y adaptación de la misma a la realidad de su entorno.

c) Si existen en el país de adquisición suficientes materias primas y componentes que se requieran para desarrollar la tecnología adquirida.

d) Potencialidad del sector en que la tecnología va a ser empleada.

179. En España, aparte de las medidas cautelares que, con carácter general, establece el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se contemplan medidas preventivas para salvaguardar los derechos del titular de la tecnología en los artículos 35 y 36 de la Ley de Marcas 32/1988 de 10 de noviembre y en los artículos 133 y siguientes de la Ley de Patentes 1/1986 de 20 de marzo, sin perjuicio de que, caso de producirse un acto de competencia desleal tras la terminación del contrato, puedan ejercitarse las acciones previstas en el artículo 18 de la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal.

e) Existencia de personal local cualificado para desarrollar la tecnología o si es preciso contratarlo en el exterior.

f) Concreción del fin a que va a ser destinada la tecnología, pues no será igual su utilización en la creación de una nueva industria, que para mejorar procesos ya en funcionamiento o para resolver problemas técnicos. La prestación concreta a transferir, de acuerdo con la tipología analizada, dependerá de esta finalidad.

g) Grado de protección legal de la tecnología en el sentido de si la misma está amparada o no por una patente, y países en que se encuentre, en su caso, registrada ésta.

### 8.2. Precauciones y cláusulas básicas del contrato

Una vez más hay que hacer hincapié en la necesidad de que las condiciones contractuales se pacten por escrito, máxime no existiendo una legislación uniforme a nivel internacional que pueda suplir la inexistencia o insuficiencia de contrato.

Sin perjuicio de las específicas cláusulas de cada contrato, en función del tipo concreto de prestación tecnológica contratada, cabe establecer con carácter general las siguientes recomendaciones para la formalización del acuerdo:

a) Previamente a su instrumentación debe averiguarse el tratamiento que la legislación del país destinatario de la tecnología otorga a este tipo de contratos especialmente en cuanto a autorización previa de los mismos, inscripción en un registro oficial y controles administrativos sobre el pago de cánones al exterior (existen aún muchos países con una práctica administrativa restrictiva en cuanto al pago de cánones superiores a un determinado porcentaje).

b) También con carácter previo deben analizarse las repercusiones tributarias que el pago de cánones tendría tanto en el país pagador (tipo de retención en la fuente), como en el país receptor de los rendimientos, siendo absolutamente necesario tener en cuenta la existencia o no de Convenio para evitar la doble imposición entre ambos países y el tratamiento otorgado en el mismo a los cánones o *royalties*.

c) Si además de tecnología se prevé el suministro de equipos o mercancías con las que aquélla guarde relación, habrá que ponderar las repercusiones aduaneras que, según lo expuesto en el apartado 6.1.1, vayan a derivarse para el adquirente, ya que ello puede aconsejar modificar el concepto de la prestación, por ejemplo y de ser posible por la naturaleza de la misma, configurando ésta como «*assis-*

tencia técnica» y no como «ingeniería» o «know-how», dada la nula incidencia de aquélla a efectos aduaneros, como se dijo antes, valorando separadamente de las mercancías los conceptos tecnológicos.

d) Vigilar que ciertas obligaciones que puedan imponerse al licenciario o receptor de la tecnología no vulneren las leyes de la competencia o antitrust vigentes en el país receptor o, de poder afectar el contrato sustancialmente al comercio entre Estados miembros de la CE, que no concurre ninguna de las restricciones prohibidas por la legislación comunitaria sobre libre competencia, que es idéntica a la interna de los países miembros en esta materia.

Como cláusulas o pactos básicos que no deben omitirse en el contrato pueden citarse los siguientes:

a) Concreción del tipo de tecnología transferida, de su campo de aplicación técnica y características de la misma.

b) Caracter exclusivo o no de la tecnología concedida, posibilidades de cesión posterior o de otorgar sublicencias, y restricciones que comporta dicha exclusividad, dentro de los límites permitidos por la legislación aplicable.

c) Ámbito territorial de la licencia concedida.

d) Derechos y obligaciones de las partes, en especial en cuanto al desarrollo ulterior de la tecnología a transferir, modificación y perfeccionamiento de la misma, prestaciones accesorias (envío de plenos, formación de personal, compra de piezas o componentes, etc.).

e) Cánones o *royalties* a satisfacer por el licenciario, base de cálculo de los mismos, forma de liquidarlos, medios de control por el licenciante y pago de los impuestos que graven dichos cánones.

f) Actuaciones y acciones a emprender caso de vulneración de derechos por parte de terceros.

g) Duración del contrato y eventuales prórrogas, causas de resolución del mismo y plazo de preaviso, en su caso.

h) Ley aplicable al contrato en lo no previsto en el mismo. Respecto a esta cuestión debe tenerse en cuenta que muchos países, generalmente poco desarrollados tecnológicamente y por ello netamente importadores de tecnología extranjera, imponen preceptivamente para la autorización de los contratos y subsiguientes pagos al exterior la necesaria aplicación de su legislación nacional, que es la que, asimismo, deberá tenerse en cuenta en materia de libre competencia, como se dijo anteriormente, inspirada en muchos casos en la legislación comunitaria examinada líneas atrás, siendo conveniente, asimismo, averiguar cómo resuelve dicha legislación interna el tema del agotamiento de los derechos analizado en el apartado 5.3.

i) Solución de controversias, siendo el arbitraje internacional el medio más utilizado en este tipo de contratos, ante la incertidumbre que siempre provoca el tener que litigar ante Tribunales foráneos.

Como ilustración práctica de lo anteriormente expuesto, se ofrece en Anexo al presente Capítulo un modelo de contrato de transferencia de tecnología comprensivo de las prestaciones más características: licencia de patente, licencia de uso de marca, licencia de «know-how», y «asistencia técnica».

### 8.3. Código internacional de conducta para las transferencias de tecnología

El Grupo de los Países en Desarrollo de la Organización de Naciones Unidas propuso en 1977 un Código internacional de conducta a observar en las transferencias de tecnología cuyo propósito era regular los intereses legítimos de los proveedores y de los receptores de dicha tecnología, al objeto de facilitar e incrementar la corriente internacional de la misma en condiciones justas y razonables que permitiesen fortalecer la capacidad tecnológica de los países en desarrollo, incrementando la participación de estos países en el comercio internacional.

Se consideraron incompatibles con los principios y objetivos del Código 40 tipos de prácticas y acuerdos, que, si bien no han llegado a constituir norma internacional de aplicación general, se encuentran prohibidas en muchas legislaciones internas en materia de libre competencia, siendo el alcance de algunas prohibiciones más restrictivo todavía que las de la propia Comunidad Europea examinadas, en especial las que se refieren a restricciones impuestas al receptor de la tecnología en su campo de actividad posterior, como restricciones a la exportación o a importaciones de otros licenciarios; otorgamiento de exclusivas de venta de productos objeto de licencia al licenciante o a firmas con él vinculadas; fijación de precios de reventa de productos fabricados con la licencia concedida; pago de cantidades fijas mínimas, cánones por patentes no registradas en el país receptor, por periodos de tiempo sin limitación temporal, o por derechos de propiedad industrial después de su expiración; limitaciones en materia de investigación y desarrollo, de acceso a innovaciones y perfeccionamiento de la tecnología concedida, publicidad, o en cuanto a fuentes de suministro de materias primas o piezas de repuesto; obligación de utilizar la marca o el nombre del suministrador de la tecnología; y, en general, pactos que tengan efectos desfavorables sobre el receptor

y sean impuestos como condición para obtener la tecnología requerida.

Por todo ello resulta imprescindible, como se dijo en el apartado anterior, consultar la legislación o práctica vigentes sobre esta materia en el país al que vaya a transferirse la tecnología, antes de formalizarse cualquier tipo de contrato; y en evitación de que el mismo pudiese resultar posteriormente ineficaz, o incumplido.

## ANEXO

### MODELO DE CONTRATO INTERNACIONAL DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

Se incluye como Anexo al Capítulo 4 un modelo, elaborado por el autor, de contrato internacional de transferencia de tecnología en el que se comprenden cuatro de las prestaciones más características: licencia de patente, licencia de uso de marca, cesión de *Know-how* y asistencia técnica.

Al no existir sobre esta materia modelo de la Cámara de Comercio Internacional, el que se transcribe a continuación no es más que una de las múltiples variantes a utilizar, con un valor meramente ilustrativo de lo indicado a propósito de estas prestaciones tecnológicas en el presente Capítulo y cuyo texto puede servir, con las debidas adaptaciones, para la confección de contratos en los que se prevea sólo algunas de las cuatro prestaciones contempladas en el mismo.

Asimismo, en el Manual de la ONUDI para la preparación de acuerdos de constitución de empresas mixtas en países en desarrollo, que se reproduce como Anexo I al Capítulo 6, se contienen interesantes disposiciones y cláusulas-tipo para la preparación de contratos de transferencia de tecnología de la empresa inversora extranjera a la *joint-venture* constituida en el exterior. Dichas disposiciones se refieren a concesión de licencias de patente, marcas, *Know-how*, asistencia técnica, construcción de instalaciones y su mantenimiento, instalación de maquinaria, así como recomendaciones para el cálculo de los cánones a pagar, por lo que el contenido de dicho Manual sobre estas materias puede ser de especial utilidad para la preparación de los contratos analizados en el presente Capítulo.

### MODELO DE CONTRATO INTERNACIONAL DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA (LICENCIA DE PATENTE, MARCA, *KNOW-HOW* Y ASISTENCIA TÉCNICA)

En la ciudad de ..., a ... de ... de mil novecientos ...

REUNIDOS de una parte D. ... en su calidad de ... de la firma ... de nacionalidad ... domiciliada en ..., actuando en nombre y representación de la misma, de conformidad con las atribuciones y poderes conferidos por Escritura de fecha ... otorgada ante ... e inscrita en el Registro de ... y de otra parte D. ... en su calidad de ... de la firma ... de nacionalidad ... domiciliada en ... actuando en nombre y representación de la misma, de conformidad con las atribuciones y poderes conferidos por Escritura de fecha ... otorgada ante ... e inscrita en el Registro de ...



Reconociéndose ambas partes, en la condición con que interviene, capacidad necesaria para el otorgamiento del presente contrato,

#### MANIFIESTAN

Que la firma ... (en adelante la Licenciente) es una compañía dedicada a la fabricación de los siguientes productos: ..., siendo titular y propietaria de las siguientes patentes y marca:

- Patente n.º ... depositada en ...
- Patente n.º ... depositada en ...
- Marca ... registrada en ...

Tiene por ello la Licenciente todos los derechos necesarios para otorgar Licencias de explotación de las mencionadas patentes, así como transmitir los conocimientos adecuados para dicha explotación, y permitir la fabricación y venta de productos amparados en dichos derechos con incorporación de la citada marca ...

Que la firma ... (en lo sucesivo la Licenciataria) desea obtener Licencia para fabricar, utilizar y vender los productos amparados por dicha patente y marca.

Que ambas partes han llegado a un acuerdo por el que la Licenciente concederá a la Licenciataria el derecho a explotar dichas patentes, utilizar la marca, los conocimientos y asistencia técnica necesarios para dicha explotación, todo ello con sujeción a los siguientes:

#### PACTOS

##### 1. Objeto del contrato

Son objeto del presente contrato de transferencia de tecnología, la Licencia para fabricar los productos denominados ... amparados en las patentes núms. ... y ... citados en el encabezamiento; todo el *know-how* y asistencia técnica necesarios para la explotación de dichas patentes y la fabricación de los productos amparados en las mismas; y la utilización en los productos fabricados bajo licencia de la marca ...

##### 2. Exclusividad de las Licencias y *Know-How* concedidos

Las Licencias de patentes y de marca tendrán carácter exclusivo y, en consecuencia, el licenciente no podrá explotar por sí mismo dichas licencias, ni comercializar los productos bajo licencia, ni conferir otras licencias en el territorio delimitado en el pacto siguiente, durante la vigencia del presente contrato, ni tampoco concertar durante el mismo periodo de tiempo y en dicho territorio contratos de cesión de *know-how* relacionados con dichas licencias.

##### 3. Ámbito territorial del contrato

Los derechos de licencia, de patente, marca y *know-how* concedidos por la Licenciente a la Licenciataria en virtud del presente contrato sólo tendrán validez para el siguiente territorio: ...

La Licenciataria se abstendrá de explotar la tecnología concedida y de vender los productos fabricados bajo licencia a otros países durante un periodo de ... años desde la fecha en que los productos mencionados hayan sido puestos a la venta por primera vez en el territorio delimitado en este pacto, y siempre y cuando se encuentren protegidos por patentes paralelas en aquellos países.

##### 4. Prohibición de cesión

La Licenciataria no podrá ceder ninguno de los derechos ni obligaciones establecidos en el presente contrato, salvo consentimiento expreso de la Licenciente.

##### 5. Concesión de sub-licencias

La Licenciente podrá autorizar a la Licenciataria a conceder sub-licencias para la mejor aplicación de la patente, siempre que la sub-licenciataria se someta a los términos y condiciones aquí previstos y sin que cualquier acto por parte de esta última releve a la Licenciataria de los deberes y obligaciones asumidos en el presente contrato.

##### 6. Solicitud de registro

Cada una de las partes podrá solicitar el registro de la concesión de las Licencias objeto del presente contrato, siempre y cuando tal registro sea admitido por la Ley del país por el cual las Licencias han sido concedidas, otorgando en todo caso de forma eventual la Licenciente a la Licenciataria, todos los poderes y firmas necesarias para ello, y sufragándose los gastos de tal registro por la parte que lo haya solicitado.

##### 7. Obligaciones de la LICENCIANTE

7.1. Remitir a la Licenciataria todos los diseños, planos y otros documentos técnicos existentes que sean precisos para la fabricación de los productos en las condiciones requeridas, permitiendo la reproducción de dichos documentos sin que por ello pierdan el carácter confidencial, así como facilitar todo el *know-how* e información técnica de que disponga y que sean necesarios para dicha fabricación por la Licenciataria.

7.2. Proporcionar a la Licenciataria todos los materiales necesarios, así como prestar los servicios de asistencia técnica y formación del personal de la Licenciataria que resulten adecuados para el ejercicio de su actividad en la ejecución de este contrato, incluso, si fuere necesario y previo acuerdo ex-

preso entre las partes, mediante desplazamiento de técnicos cualificados, corriendo la Licenciataria con los gastos de viaje y estancia que generen tales desplazamientos.

7.3. Comunicar y poner a disposición de la Licenciataria cualquier modificación o perfeccionamiento realizado en los productos bajo licencia, siempre que el presente contrato continúe vigente, debiendo las partes ponerse de acuerdo sobre si tales modificaciones o perfeccionamientos deben dar lugar o no a un incremento de los cánones estipulados en el pacto nueve de este contrato.

7.4. Mantener en vigor las patentes sobre las que se basa el presente contrato. En el supuesto de no cumplir tal obligación, deberá en todo caso avisar a la Licenciataria con ... meses de antelación a la fecha del vencimiento, de los trámites necesarios para conservar su vigencia, y desde ese momento podrá esta última adquirirla gratuitamente, entendiéndose entonces rescindido el presente contrato.

7.5. Permitir a la Licenciataria la utilización de la marca ... en todos los productos que fabrique, así como en toda su correspondencia comercial junto con las indicaciones que le identifiquen como fabricante de los productos objeto de licencia.

#### 8. Obligaciones de la Licenciataria

8.1. Fabricar los productos objeto de licencia con un nivel de calidad equivalente a la de los fabricados por la Licenciente, autorizando a esta a realizar controles periódicos de la misma, y, en caso de no poseer el material bajo licencia la calidad requerida, cesar en su fabricación y venta.

8.2. Comunicar a la Licenciente cualquier modificación o perfeccionamiento o nuevas aplicaciones, que hubiera aportado a la tecnología concedida.

8.3. Pagar a la Licenciente, en el plazo de ... días a contar de la firma del presente contrato, la cantidad de ... USD en la cuenta ... del Banco ... por la obtención del *know-how*, diseños, planos y demás documentos técnicos necesarios para llevar a cabo el objeto de este contrato, mencionados en el pacto 7.1.

8.4. Pagar a la Licenciente los cánones que se indican en el pacto número nueve, en la forma que se establece en el pacto número diez.

8.5. Pagar los impuestos que, según la legislación vigente en su país y, en su caso, resulten de Convenios existentes para evitar la doble imposición, gravan las transferencias de tecnología, deduciendo del importe de los cánones a pagar a la Licenciente los que, según dicha legislación, sean a cargo del perceptor de dichos cánones, y asumiendo la Licenciataria todos los demás.

8.6. Mencionar en los productos que fabrique bajo licencia y que suministre a sus clientes, la siguiente inscripción: «Licencia ...».

8.7. Llevar registros especiales donde haga constar el nombre de los productos fabricados, los números de referencia puestos en los mismos y cualquier otra indicación necesaria para establecer el canon, en especial los

precios de venta aplicados a sus clientes de forma que reflejen la cantidad a pagar a la Licenciente respecto de todo el contenido del contrato.

8.8. No fabricar ni vender productos que puedan resultar competitivos con los objeto de licencia, ni de otras firmas que sean competidoras de la Licenciente.

8.9. Comprar a la Licenciente las siguientes piezas para la fabricación de los productos bajo licencia: ...

8.10. Salvaguardar la tecnología transferida de acciones de terceros en el territorio donde le haya sido concedida, pudiendo demandar a quienes vulnieren los derechos que sobre ella tenga la Licenciente y obtener de ésta los poderes y autorizaciones que exijan las normas de procedimiento aplicables, debiendo cursar inmediato aviso a la Licenciente de cualquier acto de violación de que tenga conocimiento.

#### 9. Cánones

La Licenciataria vendrá obligada a pagar a la Licenciente los siguientes cánones:

9.1. Un ... % sobre el precio unitario de venta a sus clientes, en condiciones *ex-works* de cada uno de los productos fabricados bajo licencia y por dicha Licencia de Patente.

9.2. Un ... % sobre el mismo precio unitario de venta, por la Licencia de la marca ...

9.3. Asimismo deberá pagar un canon mínimo anual, de ... independientemente del montante de las ventas efectivamente realizadas, que podrá ser deducido de la liquidación definitiva que se produzca de acuerdo con lo previsto en el pacto siguiente de resultar superior dicha liquidación definitiva al mínimo establecido.

#### 10. Devengo y Liquidación de Cánones

10.1. El devengo de los cánones a que se refieren los apartados 9.1 y 9.2 del pacto anterior se producirá, en la fecha de facturación por la Licenciataria a sus clientes, y el del mínimo o diferencia no cubierta por los cánones corrientes, al final de cada año civil, momento en que se efectuarán las correspondientes regulaciones.

10.2. La liquidación de los cánones porcentuales se hará trimestralmente. La Licenciataria remitirá una relación completa de las operaciones efectuadas dentro del mes siguiente al trimestre de que se trate, debiendo la Licenciente emitir la correspondiente factura, que deberá ser pagada en el plazo de quince días siguientes a la recepción de la misma mediante transferencia a la cuenta indicada en el pacto 8.3.

#### 11. Entrada en vigor y duración del contrato

El presente contrato entrará en vigor una vez firmado por las partes interesadas, y cumplidos todos los trámites y condiciones exigidos por la legisla-

ción vigente para este tipo de contratos en el país de la Licenciataria. Tendrá una duración de ... años, salvo que las partes decidan prorrogarlo mediante nuevo acuerdo por escrito.

## 12. Rescisión del Contrato

Cualquiera de las partes podrá rescindir el presente contrato, por incumplimiento o violación por la otra parte de cualquiera de los pactos establecidos en el mismo o por alegar justa causa conforme al derecho aplicable al contrato.

## 13. Pacto de Confidencialidad

La Licenciataria se compromete, durante la vigencia del presente contrato y con posterioridad a su terminación, a no comunicar a terceros el *know-how* y conocimientos transmitidos por la Licenciante, y a devolver inmediatamente al término del mismo, a ésta toda la documentación técnica que le hubiese facilitado.

Asimismo la Licenciataria deberá, al término del contrato, dejar de utilizar la marca ..., así como cualquier otro signo identificativo de la misma en sus establecimientos y correspondencia comercial.

## 14. Ley aplicable y solución de controversias

Este contrato se regirá e interpretará en todos los aspectos no previstos en el mismo de acuerdo con las leyes del país de la Licenciante debiendo ser resueltas todas las desavenencias que deriven del mismo de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o mas árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento.

## 15. Idioma del Contrato

El presente contrato se redacta por duplicado, en inglés y español. Caso de dila discrepancia entre ambos textos prevalecerá la versión española.

Y para que conste, firman el presente documento en la fecha y lugar indicados en el encabezamiento,

LA LICENCIATARIA

LA LICENCIANTE



# CONTRATO DE FRANQUICIA

## 1. Concepto

Innumerables son las definiciones que del contrato de franquicia o «*franchising*» se han ofrecido hasta la fecha. Iruto de la atención que la doctrina y la Jurisprudencia, tanto a nivel nacional como internacional, han prestado a esta figura contractual debido al enorme desarrollo que ha experimentado en todo el mundo durante las últimas décadas. Su origen se remonta a finales del siglo XIX en EE.UU., cuando la Singer Sewing Machine Company la utilizó por primera vez, siendo desarrollada posteriormente por grandes multinacionales americanas como Coca-Cola, Mc Donald's, Hertz, Avis, Holiday Inn, etc., que posteriormente trasladaron su sistema a Europa occidental y mas tarde a otras áreas como Asia y Latino América.<sup>180</sup>

La rápida expansión de la franquicia en todo el mundo ha provocado el nacimiento de distintas Asociaciones que, ante el vacío legal

180. Según el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), en su proyecto de Guía legal de la franquicia internacional, los datos estadísticos al enero de 1996 señalaban que en EE.UU. la franquicia representaba un 35% del total de ventas al por menor en el país y en Canadá un 45%. En Europa, por el contrario, el porcentaje es bastante inferior, siendo Francia el país con mas implantación de esta figura, basicamente en el sector de la moda (Pronuptia, Rodier, Cacharel, Daniel Hechter, Pingouin, Lancel, Lasserre, etc.). Menor es el desarrollo producido en España, país en el que las franquicias mas conocidas son extraneras, pese al progresivo aumento de franquicias nacionales preterentemente en el sector de moda y alimentación (Don Algodón, Llongueras, Sophie Noell, Fil a Fil, Mango, Spaghetti & Co., Saniveri, Biscuita, Pans & Company, Farggi, Pokin's, entre las mas conocidas).

del que, pese a su implantación, adolece la franquicia, han intentado suplirlo mediante la publicación de unos Códigos de conducta en los que, aparte de definiciones conceptuales, contienen una relación de pactos o cláusulas habituales en este tipo de contratos, con recomendaciones útiles para las partes intervinientes en éstos.<sup>181</sup>

Según el Código Deontológico Europeo de la Franquicia (ver nota 246), ésta se define como «modelo de colaboración contractual entre dos partes jurídicamente independientes e iguales: de una parte, una empresa franquiciadora y, de otra parte, uno o varios empresarios franquiciados. Por lo que respecta a la empresa franquiciadora supone: 1.º La propiedad de una razón social, de un nombre comercial, de siglas o símbolos, eventualmente una marca de fábrica, de comercio o de servicios, así como de una técnica, sistema o procedimiento puestos a disposición de los franquiciados; 2.º El control de una serie de productos o servicios, presentados de forma original y específica y que deben ser obligatoriamente adoptados y utilizados por los franquiciados, basados en un conjunto de técnicas comerciales específicas que han sido experimentadas con antelación y que son continuamente desarrolladas y verificadas en cuanto a su valor y eficacia».

El objetivo principal del contrato de franquicia, según este Código Deontológico, es obtener un beneficio mutuo, tanto para la empresa franquiciadora como para las franquiciadas, combinando sus recursos humanos y financieros sin que quede afectada en modo alguno la independencia de cada una de las partes. Implica un pago efectuado bajo cualquier forma por la franquiciada a la franquiciadora en reconocimiento de los servicios prestados por ésta al conceder su nombre, su imagen, su técnica, sistema y procedimientos.

El ya mencionado vacío legal que respecto a la franquicia se aprecia en la mayoría de legislaciones internas,<sup>182</sup> y el carácter no norma-

181. Junto a las diferentes Asociaciones de carácter nacional existentes en algunos países europeos, entre otras la Asociación Española de Franquiciadores, merece destacarse la International Franchise Association y la Federación Europea de Franquicia que preparó, en colaboración con los servicios de la Comisión de la CE el denominado Código Deontológico Europeo de la Franquicia. Las reglas más importantes serán analizadas en el apartado 7.2 de este Capítulo. En la Federación Europea están representadas las Asociaciones Nacionales de Franquicia de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia, Suiza y Yugoslavia, con más de 3.000 redes de franquicia y 145.000 franquiciados.

182. Una excepción es la legislación norteamericana, al existir varios Estados que han dictado normas sobre la franquicia, iniciándose dicho proceso legislativo en 1970 con la publicación de la «California Franchise Investment Law», promulgándose en 1979 a nivel federal la «Trade Commission Rule on Disclosure Requirements and

tivo ni vinculante del Código Deontológico convierten a la franquicia, al igual que los contratos examinados en los dos capítulos anteriores, en un contrato atípico, en la medida en que no puede enmarcarse en ninguna de las tipologías contractuales clásicas. De ahí que sus características y encuadre jurídico deban extraerse, una vez más, de la Jurisprudencia<sup>183</sup> y de las normas comunitarias en materia de Derecho de la Competencia, pues, dada la gran repercusión que puede tener este tipo de contrato en el juego de la libre competencia, la Comunidad Europea tuvo que prestar atención al mismo, sobre todo tras la famosa Sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el Caso

Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures; v. en el ámbito europeo, la legislación francesa (Ley 89/1008 de 31 de diciembre de 1989).

En el derecho español la franquicia se considera como modalidad de comercio al por menor en la Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, que la define en su artículo 62.1 como «actividad comercial que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios». Dado el importante contenido tecnológico de este tipo de contrato, la franquicia también se ha venido considerando en nuestro derecho como contrato de «transferencia de tecnologías» (ver nota 116), concepto que también tiene a efectos tributarios y aduaneros al aplicarse a los cánones pagados por el franquiciado el mismo régimen examinado en el Capítulo anterior para otras prestaciones que generen dichos pagos.

En desarrollo del citado artículo 62.1 de la Ley 7/1996 existe un proyecto de Reglamento sobre la franquicia, cuyo retraso en la aprobación obedece al necesario consenso con las distintas Comunidades Autónomas, quienes tienen transferidas competencias en materia de comercio minorista.

183. En la Jurisprudencia española el contrato de franquicia ha sido objeto de escasos pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo (Sentencias de 15 de mayo de 1985, 23 de octubre de 1989, 27 de septiembre de 1996, 21 de octubre de 1996 y 4 de marzo de 1997).

En la primera de las citadas lo asimiló a una licencia de marca, destacando, en la última, su característica fundamental en el hecho de que «una de las partes, que es titular de una determinada marca, título, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial, otorga a la otra el derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostenta la titularidad, contra entrega de una prestación económica que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje».

También el Tribunal de Defensa de la Competencia se ha pronunciado sobre estos contratos en limitadas ocasiones, siendo las más significativas las Resoluciones de 18 de abril de 1990 (exp. Blitz Candy) y de 21 de marzo de 1991 (exp. Toshiba), en que analizó la adecuación de las cláusulas del contrato a la normativa sobre libre competencia, que en España es la contenida en la legislación comunitaria, pero sin aportar ningún elemento definidor de su naturaleza que merezca ser destacado.

En el proyecto de Reglamento sobre la franquicia (ver nota 182 al final) se contiene una definición idéntica del contrato a la ofrecida en el Reglamento CE 4087/88 de 30 de noviembre.

Prontupia que comentaremos más adelante,<sup>184</sup> adoptando el Reglamento CE 4087/88 de 30 de noviembre de 1988.<sup>185</sup>

Dicho Reglamento contiene una definición muy precisa y completa de la franquicia típica, esto es, la que comporta una distribución de bienes o servicios a usuarios finales ya que, como veremos, la franquicia industrial y la de distribución a mayoristas quedan excluidas de su ámbito de aplicación.

Según el artículo 1.3 «se entiende por «franquicia» el conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimientos, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, «Know-how» o patentes que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a usuarios finales», definiendo el «acuerdo de franquicia» como «el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende, por lo menos:

- el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato,
- la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un «Know-how»; y
- la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo».

De las definiciones ofrecidas por el Reglamento fácilmente puede extraerse la conclusión de que la «franquicia» rebasa con creces el contenido normal de un contrato de distribución y del de un contrato de transferencia de tecnología, al comprender «por lo menos» tres de las prestaciones analizadas en el capítulo anterior: denominación o rótulo común (o una marca), cesión de know-how, y asistencia comercial o técnica; añadiendo, además, elementos típicos del contrato de distribución: finalidad de reventa de productos y/o servicios; y

<sup>184</sup> Asunto n.º 161/84 Prontupia de Paris GmbH. c/ Schigallis, resuelto por Sentencia de 28 de enero de 1986.

<sup>185</sup> Este Reglamento, publicado en el D.O.C.E. L359 de 28 de diciembre de 1988 se refiere, al igual que los analizados en capítulos anteriores, a la adecuación de los contratos de franquicia a las previsiones del artículo 85 del Tratado de Roma, y es aplicable hasta 31 de diciembre de 1999, salvo prórroga posterior.

características propias de la distribución selectiva: presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte.

De ahí que, además de la nota de atipicidad, presente la franquicia la característica señalada por toda la doctrina<sup>186</sup> de tratarse de un contrato complejo, al abarcar prestaciones de muy diversa índole, lo que hace que confluyan en el mismo aspectos de la compra-venta mercantil,<sup>187</sup> del contrato de distribución,<sup>188</sup> y de los contratos de transferencia de tecnología (licencia de patente de marca «know-how» y asistencia técnica)<sup>189</sup> pese a las notorias diferencias con cada uno de ellos, como veremos en los apartados 3.2 y 3.3.

## 2. Tipos de franquicia

El propio Reglamento 4087/88 ya citado distingue tres tipos de franquicia, según el objetivo perseguido por cada uno de ellos: industrial, de distribución y de servicios.

### 2.1. Franquicia industrial

Se refiere a relaciones entre fabricantes y comporta que el franquiciador cede al franquiciado licencia para fabricar un producto basado en una patente de la que es titular el primero, facilitándole,

<sup>186</sup> Un análisis en profundidad de la naturaleza y características de estos contratos ha sido efectuado por Esperanza Gallego en «La franquicia», Edit. Trivium, Madrid, 1991.

<sup>187</sup> Nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de septiembre de 1996, tras señalar el carácter mercantil del contrato de franquicia, señala que aunque no sea equiparable al de compra-venta mercantil puede recurrirse a las normas reguladoras de este con carácter subsidiario en lo referente al incumplimiento del franquiciado de su obligación de pagar al franquiciador las mercancías que este le hubiere facturado.

<sup>188</sup> El Tribunal de Luxemburgo, en el asunto Prontupia (ver nota 184), puntualizó que «más que un modo de distribución se trata de una manera de explotar económicamente, sin comprometer capitales propios, un conjunto de conocimientos, permitiendo a los comerciantes desprovistos de la experiencia necesaria, servirse de métodos que solo hubieran podido adquirir tras largos y laboriosos esfuerzos de investigación y disfrutar del signo distintivo, diferenciándose en esto de los contratos de concesión de venta y de los de distribución selectiva, que no van acompañados ni de la utilización de un mismo rótulo, ni de la aplicación de métodos comerciales uniformes, ni del pago de cánones como contrapartida de las ventajas concedidas».

<sup>189</sup> El Código Deontológico Europeo de la Franquicia sintetiza estos aspectos al señalar que «el franchising es más que un contrato de venta o de concesión o de licencia, en el que las dos partes aceptan obligaciones recíprocas importantes con respecto a la otra, más extensas e intensas que las que se establecen en una relación comercial convencional».

además, el «*know-how*» para dicha fabricación y la asistencia técnica necesaria, pero con ánimo de distribuir posteriormente el producto fabricado ya que de lo contrario no habría mayor diferencia entre este tipo de franquicia y un contrato de transferencia de tecnología que abarcara licencia de patente, «*know-how*» y asistencia técnica.<sup>190</sup>

Dado el predominante componente tecnológico de este tipo de franquicia, el Reglamento lo excluye de su ámbito de aplicación, por considerar que puede beneficiarse de la exención prevista en el Reglamento 240/96 sobre contratos de transferencia de tecnología examinado en el Capítulo anterior.

## 2.2. Franquicia de distribución

Constituye el prototipo de franquicia contemplado por la Jurisprudencia comunitaria y por el Reglamento 4087/88.

Comporta básicamente la concesión por el franquiciador al franquiciado de una exclusiva de distribución de sus productos, en establecimientos equipados de forma uniforme y homogénea con los del franquiciador, junto con el derecho a usar la marca, denominación y rótulo común, facilitándole, además el *Know-how* y asistencia comercial o técnica para llevar a cabo dicha distribución, debiendo seguir el franquiciado en todo momento las instrucciones del franquiciador en cuanto a presentación, comercialización y venta de los productos, adaptándose al patrón y estilo de este último y sometiendo de este modo a sus directrices y controles.

El Tribunal de Luxemburgo ofreció una definición de este tipo de franquicia en el citado caso Pronuptia (ver notas 184 y 188), marcando las pautas que posteriormente fueron recogidas en el Reglamento 4087/88.<sup>191</sup>

190. Entre los ejemplos de franquicia industrial que suelen indicar los autores figuran la de la Coca-Cola americana y la del Yoplait francés. Así Leloup, «La franchise», Edit. Deimes et Cie., París, 1983.

191. Otros importantes contratos de franquicia de distribución han sido examinados por la Comisión Europea y objeto de Decisiones sobre su adecuación al derecho comunitario con anterioridad a la publicación del Reglamento 4087/88:

Yves Rocher (Decisión de 17 de diciembre de 1986 sobre contratos celebrados por dicho grupo para la distribución de productos cosméticos dentro de la Comunidad, publicada en el D.O.C.E. de 10 de enero de 1987); Computerland (Decisión de 13 de julio de 1987 sobre contratos celebrados por Computerland Europa S.A. de Luxemburgo, filial de Computerland Corporation of California -U.S.A.-, para la venta al por menor de productos microinformáticos, publicada en el D.O.C.E. de 10 de agosto de 1987); Charles Jourdan (Decisión de 2 de diciembre de 1988 sobre contratos celebra-

El análisis de los antecedentes que dieron lugar a la famosa Sentencia del Tribunal permitirá extraer una idea clara del contenido y características de este tipo de franquicia:

La firma francesa Pronuptia de París S.A., dedicada a la elaboración de trajes de novia y otros vestidos apropiados para bodas y celebraciones y titular de la marca Pronuptia de París, tenía una filial en Alemania, Pronuptia de París GmbH, Frankfurt am Main, que distribuía dichos vestidos.

En 1980 la filial alemana suscribió tres contratos de franquicia con la Sra. Irmgard Schigall por los que concedía a ésta la distribución exclusiva de los productos con la marca Pronuptia de París en las ciudades de Hamburgo, Oldenburgo y Hannover. Además de la exclusiva de distribución se contemplaban, en los contratos una serie de derechos y obligaciones recíprocos de este tipo de franquicia:

### a) Obligaciones de la franquiciadora:

- Conceder a la franquiciada el derecho exclusivo a utilizar el signo distintivo de Pronuptia de París y de hacer publicidad en la zona asignada.

- Compromiso de no abrir otra tienda Pronuptia ni suministrar otros productos a terceros en la zona asignada a la franquiciada.

- Prestar a la franquiciada asistencia en los aspectos comerciales, publicitarios, organización y decoración de la tienda, formación del personal, técnicas de venta, modas, compras, *marketing* y, de manera general, todo lo que pueda, según su experiencia, contribuir a mejorar el volumen de ventas y la rentabilidad del establecimiento comercial de la franquiciada.

### b) Obligaciones de la franquiciada:

- Vender las mercancías utilizando el nombre comercial y la marca Pronuptia de París exclusivamente en la tienda especificada en el contrato.

- Organizar y decorar la tienda esencialmente para la venta de artículos nupciales, según las indicaciones de la franquiciadora, a fin de poner de relieve la imagen de marca de la cadena Pronuptia.

dos por dicho grupo para la venta de zapatos, bolsos y artículos de marroquinería, publicada en el D.O.C.E. de 7 de febrero de 1989).

- Comprar a la franquiciadora el 80 % de los vestidos de novia y accesorios, así como un porcentaje de trajes de noche y de gala, a determinar por la franquiciadora, y abastecerse del resto exclusivamente en proveedores autorizados por ésta.

- Pagar a la franquiciadora una cuota única de admisión para la zona contractual de 15.000 DM y, durante toda la duración del contrato, un canon del 10 % del volumen total de ventas de productos Pronuptia.

- Tomar en consideración los precios sugeridos por la franquiciadora como recomendaciones para la reventa.

- Hacer publicidad en la zona atribuida únicamente de acuerdo con la franquiciadora, y aplicar los métodos comerciales indicados por ésta.

- Fijarse como objetivo principal la venta de artículos nupciales.

- Abstenerse de hacer competencia a otros establecimientos Pronuptia y no abrir ningún establecimiento que tuviera un objeto idéntico o similar al ejercido en el marco del contrato y no participar, directa ni indirectamente, en un establecimiento semejante en Alemania o en un territorio en el que Pronuptia estuviese representada de cualquier manera, tanto durante la vigencia del contrato como durante un periodo de un año a partir de su terminación.

- No ceder a terceros ni los derechos ni las obligaciones resultantes del contrato ni su establecimiento sin acuerdo previo de la franquiciadora.

Tras el impago por la Sra. Schigallis de cierta cantidad en concepto de cánones atrasados, la franquiciadora interpuso demanda contra aquélla que resultó condenada al pago en primera instancia, criterio que fue revocado por el Oberlandesgericht de Frankfurt por estimar que algunos de los pactos contractuales vulneraban el artículo 85.1 del Tratado, y, al no existir en aquella época Reglamento comunitario de exención, los contratos debían reputarse nulos.

Interpuesto recurso de revisión por la franquiciadora ante el Tribunal Supremo alemán, entendió éste que la decisión a adoptar dependía de la interpretación del derecho comunitario, por lo que solicitó al Tribunal de Luxemburgo que se pronunciara con carácter prejudicial sobre si el artículo 85.1 del Tratado era de aplicación a los contratos atípicos de franquicia como los concertados entre los litigantes, que tenían por objeto establecer un sistema especial de distribución en el que el franquiciador cedía al franquiciado no sólo

mercancías, sino también el nombre comercial, la marca, la forma de presentar las mercancías y otros servicios.

El Tribunal, tras puntualizar qué debía entender por franquicia de distribución (ver nota 188), y después de señalar que semejante sistema, que permite al franquiciador obtener un beneficio de su éxito, no causa ningún perjuicio en sí a la competencia, puntualizó que para que pueda funcionar tienen que cumplirse dos requisitos:

1.º El franquiciador debe poder aportar a los franquiciados su patrimonio de conocimientos y de técnicas (Know-how) y prestarles la asistencia necesaria para que puedan aplicar sus métodos procurando evitar que de estos conocimientos y asistencia se beneficien, aunque sea indirectamente, los competidores.

2.º El franquiciador debe poder adoptar las medidas idóneas para proteger la identidad y el prestigio de la red de distribución representada por el rótulo.

Finalmente, el Tribunal declaró:

«a) La compatibilidad de los contratos de franquicia de distribución con el artículo 85, apartado 1, está en función de las cláusulas que contengan dichos contratos y del contexto económico en el que se inserten.

b) Las cláusulas que sean indispensables para impedir que los competidores puedan beneficiarse del patrimonio de conocimientos y de técnicas (know-how) transmitido y de la asistencia aportada por el cedente no constituyen restricciones a la competencia, tal como se definen en el artículo 85, apartado 1.

c) Las cláusulas que establezcan el control indispensable para mantener la identidad y el prestigio de la red de distribución simbolizada por el rótulo no constituyen tampoco restricciones a la competencia tal como se definen en el artículo 85, apartado 1.

d) Las cláusulas sobre reparto de mercados entre cedente y cesionarios o entre cesionarios constituyen restricciones a la competencia, tal como se definen en el artículo 85, apartado 1.

e) El hecho de que el cedente comunique al cesionario precios indicativos no es constitutivo de una restricción a la competencia, siempre que no exista entre el cedente y los cesionarios o entre los cesionarios una práctica concertada para la aplicación efectiva de dichos precios.

f) Los contratos de franquicia de distribución que contengan cláusulas sobre reparto de mercados entre cedente y cesionario, o entre cesionarios, pueden afectar al comercio entre Estados miembros.»

### 2.3. Franquicia de servicios

Tiene un contenido similar a la franquicia de distribución pero en vez de tener por objeto la comercialización de productos contempla la prestación de servicios a los usuarios finales.

El primer contrato de esta índole sometido a consideración de la Comisión Europea fue el notificado por la firma Service Master Ltd. de Inglaterra, relativo a un contrato-tipo de franquicia sobre prestación de servicios de carácter doméstico, limpieza y mantenimiento.

El contenido del contrato, que mereció la aprobación de la Comisión,<sup>192</sup> comprendía las prestaciones normalmente incluidas en una franquicia de este tipo: presentación uniforme de los servicios contemplados en el contrato, basada en la utilización de un nombre común, un bagaje de conocimientos técnicos, comerciales y administrativos, y una asistencia continuada por parte de Service Master, a cambio de cuyas prestaciones los franquiciados venían obligados a abonar ciertas contribuciones financieras; y a seguir las normas de uniformidad y calidad del sistema Service Master, comprometiéndose a someterse a inspecciones de sus locales y a presentar estados financieros a la franquiciadora.

La Comisión entendió que este tipo de franquicia contribuía a mejorar la prestación de los servicios afectados porque ayudaba a Service Master a penetrar rápidamente en nuevos mercados con inversiones limitadas; aumentaba la competencia entre marcas con otros suministradores de servicios; ayudaba a muchas pequeñas empresas a acceder a un nuevo mercado permitiéndoles establecer distribuidores con mayor rapidez y éxito al beneficiarse del nombre y reputación de la franquiciadora, y facilitaba un servicio intensivo a los clientes a través del compromiso personal de comerciantes independientes.

Aunque a nivel conceptual puede distinguirse la franquicia de servicios de la de distribución, no cabe afirmar que se trate de dos categorías absolutamente distintas e independientes pues salvo algunas franquicias muy concretas que solamente tienen por objeto la prestación de un servicio, como en las de Rent a Car (Avis, Hertz, Budget) o de cadenas hoteleras (Ibis, Novotel, Ramada, Holiday Inn), en la mayoría de los casos se incluyen ambas, y junto con la prestación de servicios se contempla la venta de artículos del franquiciador. Así, en

192. Decisión de 14 de noviembre de 1988, publicada en el D.O.C.E. de 3 de diciembre de 1988.

la franquicia de Service Master, se abarcaba la obligación de los franquiciados de adquirir ciertos equipos y productos de limpieza a la franquiciadora o a cualquier otro suministrador autorizado, para revenderlos a los usuarios.

Por esta razón, como veremos, a efectos de Derecho de la Competencia, ambos tipos de franquicia reciben idéntico tratamiento en la normativa comunitaria.

### 2.4. Otras modalidades de franquicia

Sin que ello suponga alterar la tipología examinada, que es la establecida por el Reglamento 4087/88 como ya se dijo, suelen mencionarse otras variantes o modalidades, más en función del lugar en que se desarrolla la franquicia, que del contenido de la misma.

Así pues, se cita la denominada «*Franquicia Corner*» como aquella en que el franquiciado ofrece en sus establecimientos un servicio a sus clientes cuya técnica está basada en una franquicia pero puede ser aplicada a una serie de productos ajenos a dicha franquicia. Por ejemplo, la franquicia de revelado rápido que el franquiciado, comercio de fotografía, ofrece a su clientela independientemente de la marca del carrete y de otras actividades de venta (máquinas fotográficas, marcos, etc.) que realice en el mismo local. El pago del canon se establece en función del espacio ocupado (*corner*) y por el servicio prestado mediante franquicia, no por el total de ventas que realiza el comerciante franquiciado.

La «*franquicia shop in the shop*» (tienda en la tienda) suele encontrarse en grandes superficies, donde junto a una amplia gama de productos, existe una zona o tienda franquiciada de una marca conocida, por ejemplo, una marca de perfume en la sección de perfumería de unos grandes almacenes.

Finalmente, cabe hablar de «*franquicia principal*» o «*master franchise*» como contraposición a la «*franquicia directa*». En esta última el franquiciado realiza de forma personal las operaciones de venta y/o de prestaciones de servicios exigidas por la franquicia, sin posibilidad de subcontratar otros franquiciados. Cuando el contrato prevé la posibilidad de que un franquiciado subcontrate la franquicia a otros, el primero recibe el nombre de «*franquiciado principal*» o «*master franchisee*», y recibe del franquiciador autorización para concluir contratos con otros franquiciados de manera que puedan explotar la misma franquicia en un área determinada.



La «franquicia principal» o «master» se utiliza frecuentemente a nivel internacional por compañías multinacionales. La matriz (franquiciadora), cede una franquicia a su filial en un país (franquiciado principal), con la posibilidad de que subcontrate franquiciados locales en distintas ciudades, descargando así en la filial la tarea de selección y búsqueda de franquiciados locales. Pese a ser la más utilizada a nivel internacional, el borrador de modelo contractual elaborado por la Cámara de Comercio Internacional, que se ofrece como Anexo al presente Capítulo, se basa en la «franquicia directa o unitaria», según se expresa en la Introducción a dicho contrato, en la que sienta las diferencias entre ambas modalidades.

### 3. Características y diferencias con otros contratos

De lo hasta aquí expuesto, y de la doctrina emanada del Tribunal de Justicia y de la propia Comisión Europea a que se ha hecho referencia, pueden esbozarse las características esenciales de los contratos de franquicia, así como sus diferencias con otras figuras contractuales con las que presenta vínculos próximos.

#### 3.1. Características

Pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

a) Son contratos atípicos, en la medida en que no son encuadrables en ninguna tipología contractual de las previstas en los distintos Códigos ni legislaciones internas de cada país, careciendo, por otro lado, de una normativa uniforme a nivel internacional como ya se dijo.<sup>193</sup>

b) Son contratos complejos, como ya se dijo, en la medida que contemplan diferentes prestaciones subsumibles cada una de ellas por separado en alguna de las modalidades contractuales examinadas en los dos capítulos anteriores, con elementos propios del contrato de distribución y de los contratos de transferencia de tecnología, sin olvidar aspectos propios de la compra-venta mercantil.

c) Son onerosos, en la medida en que comportan el pago de unas cantidades, normalmente una cantidad fija, como derecho de acceso

193. El propio Tribunal de Luxemburgo, en la Sentencia del caso Pronuptia (ver nota 184), se refiere en varios Considerandos a los «contratos atípicos de franquicia».

a la red franquiciada, y unas cantidades proporcionales (cánones) en función de la actividad desplegada por el franquiciado.

d) Son contratos de tracto sucesivo, al producirse una secuencia de prestaciones continuas por parte del franquiciador, seguidas de unos pagos por el franquiciado, cuya prolongación en el tiempo viene justificada por la función económica del propio contrato.

e) Tienen carácter bilateral o sinalagmático, al generar derechos y obligaciones mutuas para ambas partes, en función de lo estipulado en el contrato, y en virtud del omnipresente principio de la autonomía de la voluntad.

f) Tienen carácter netamente mercantil, al existir ánimo de reventa de los productos o servicios objeto de franquicia (ver nota 187).

g) Son contratos de colaboración empresarial en la medida en que el franquiciado se integra en una organización empresarial configurada bajo un mismo patrón y unos estándares y distintivos uniformes y homogéneos.<sup>194</sup>

h) Son contratos en los que el «*intuitu personae*» juega un papel importantísimo, toda vez que el franquiciado que accede a la red del franquiciador debe estar en condiciones de mantener esa uniformidad y homogeneidad, incluso en cuanto a los locales y medios de transporte.<sup>195</sup>

194. Este carácter de contrato de colaboración empresarial ha sido puesto de relieve de forma unánime por la doctrina, encabezada por Frignani («Factoring, Leasing, Franchising, Concurrence», Torino, 1987) que lo define así: «sistema de colaboración entre un productor o vendedor de bienes u oferente de servicios (*franchisor*) y un distribuidor (*franchisee*), jurídica y económicamente independientes el uno del otro, pero vinculados por un contrato en virtud del cual el primero concede al segundo la facultad de entrar a formar parte de la propia cadena de distribución, con el derecho a distribuir, en determinadas condiciones y tras el pago de una suma de dinero, marca, nombre, enseña, patente o también una simple fórmula o secreto comercial a la pertenencia».

En la misma línea se han pronunciado R. Baldi (ver obra citada en nota 25), la Associazione Italiana di Franchising (AIF), la Federación Francesa de franquicia, la Federación Europea de Franquicia, y en nuestro país E. Gallego (ver obra citada en nota 186), quien añade «cuando el productor/mayorista decide asumir el rol de franquiciador no pretende sólo la enajenación de ciertas mercancías, quiere dar a sus productos una salida regular al mercado. Consciente de ello, el distribuidor no puede limitarse a satisfacer la contraprestación debida. Se obliga a colaborar en la reventa pues a ambos les une un interés común: La distribución de un determinado producto/servicio, naciendo así una noción nueva, el «*animus cooperandi*», poniendo en común sus facultades y medios para hacer juntos, por la coordinación de sus actividades, lo que no podrían hacer solos con menor coste y rentabilidad».

195. Este carácter quedó plenamente reflejado en la Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 1986 (Yves Rocher) al señalar que la franquiciadora «selecciona a sus concesionarios en función de su personalidad, de su aptitud general presumible para la

i) Una gran mayoría de estos contratos son «*de adhesión*» en la medida en que el franquiciador impone a los franquiciados un contrato-tipo que debe aceptar en bloque si quiere obtener la franquicia. En España este carácter se diluye como consecuencia de la obligación impuesta al franquiciador de entregar al futuro franquiciado, con suficiente antelación, la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red (ver más adelante nota 204).

### 3.2. Diferencias con el contrato de distribución

Pese a que, en la práctica, la franquicia tiene grandes dosis de técnica de distribución comercial y mantiene muchos puntos en común con el contrato de distribución o concesión,<sup>196</sup> pues incluso suele incorporar una cláusula de exclusividad en favor del franquiciado, por zonas o áreas geográficas, siendo la finalidad de la misma la reventa de productos o servicios, pueden señalarse como elementos que le diferencian del contrato de distribución analizado en el Capítulo 3 los siguientes:

a) La franquicia comporta cesión al franquiciado de auténticas prestaciones tecnológicas (uso de marca, rótulos distintivos, *know-how* y asistencia técnica y comercial), no necesariamente concurrentes en un contrato de distribución, en el que a lo sumo suele concederse licencia de uso de marca, rótulo o distintivos, pero sin excluir que el concesionario pueda usar los suyos propios, lo que no ocurre en la franquicia.

b) La franquicia comporta una estrecha sujeción por parte del franquiciado a las indicaciones del franquiciador, cuyos métodos uniformes debe aplicar, mientras que en el contrato de distribución el concesionario dispone de un amplio margen de maniobra en su actividad comercial, sin una vinculación tan estrecha a las prescrip-

explotación de un comercio de cosméticos al por menor y de los resultados obtenidos al final del curso de formación. Los contratos se suscriben "intuitu personae" y no pueden cederse ni transferirse sin acuerdo escrito previo.

196. Incluso por algún sector de la doctrina francesa se ha llegado a afirmar que la franquicia es la forma americana de la distribución o concesión de venta en exclusiva europea, con las únicas características particulares del pago de un importe fijo a título de «*droit d'entrée*» y de la siempre subsistente cesión de una marca. En tal sentido Guvernot («*Concessionnaires et commercialisation des marques*», París, 1975).

ciones del concedente, ni sujeción a control en cuanto a cumplimiento de tal uniformidad.<sup>197</sup>

c) La franquicia comporta, como rasgo inherente a la misma, una contraprestación económica por el franquiciado al franquiciador, fija o porcentual, y casi siempre ambas a la vez, mientras que la distribución sólo obliga al concesionario a pagar el precio de las mercancías adquiridas al concedente para revenderlas.

d) También se distingue la franquicia de la distribución selectiva, pese a que en ambas se pretende ofrecer una imagen de marca y de calidad uniforme, pues mientras que la franquicia comporta una identificación entre establecimientos franquiciados, una asunción por éstos del modelo de empresa del franquiciador y de su marca y signos distintivos, en la distribución selectiva el concesionario conserva siempre su identidad sin confusión con la del concedente, pudiendo organizar libremente su establecimiento y su actividad comercial, e incluso distribuir varias marcas, como se vio a propósito de los concesionarios de automóviles, sin obligación al pago alguno de cánones.<sup>198</sup>

### 3.3. Diferencias con los contratos de licencia

Pese a que en algunas legislaciones, entre otras la española (ver nota 116), la franquicia se ha venido considerando, si bien únicamente a efectos de control de cambios y a efectos tributarios, «*transferencia de tecnología*» por el incuestionable componente tecnológico que contiene, siquiera sea en cuanto a la cesión o licencia de marca<sup>199</sup> y asistencia técnica o comercial, por cuyo uso se paga también un canon o *royalty*, las diferencias con cualquier contrato de licencia (patente, marca, *Know-how*) examinados en el Capítulo anterior, son notorias:

197. Según R. Baldi (ver obra citada en nota 25) uno de los elementos del *franchising* que lo distingue, cuando se refiere a la distribución, de las concesiones de venta, es una colaboración más estricta e integrada entre las dos partes, pues el franquiciado está siempre obligado a utilizar, además de las marcas, también las insignias y signos distintivos del franquiciador y a seguir las prescripciones por este fijadas.

198. El Tribunal de Luxemburgo, en la Sentencia del caso Pronuptia claramente estableció las diferencias con los contratos de distribución y con los de distribución selectiva en su 15 Considerando, que se ha reproducido en la nota 188.

199. El Tribunal Supremo español asimió la franquicia a la licencia de marca en la Sentencia de 15 de mayo de 1985 citada en la nota 183.

a) En un contrato de licencia de patente, el licenciario es normalmente un fabricante que aspira a producir nuevas gamas de productos, circunstancia que sólo puede concurrir en la franquicia industrial, pero no en la de distribución y de servicios que son las más habituales.

b) En un contrato de licencia de patente, de marca o de *Know-how* no existe necesariamente un control por parte del licenciante ni una obligación por parte del licenciario de someterse estrictamente a las prescripciones del licenciante, circunstancias que son inherentes a toda franquicia, según se dijo en el apartado anterior.

c) En un contrato de licencia, el licenciario no se integra en la red u organización empresarial del licenciante, ni tiene que observar uniformidad alguna con él, mientras que ambas circunstancias son características esenciales de toda franquicia, como también se dijo, incluso, según claramente indica el Reglamento CE 4087/88, en la presentación de los locales y/o medios de transporte objeto del contrato.

d) Si bien tanto en los contratos de licencia como en los de franquicia se devengan unas prestaciones económicas en forma normalmente de cánones o *royalties* en favor del licenciante y del franquiciador, respectivamente, las mismas obedecen a razones distintas. En la licencia es la mera contraprestación del derecho de explotación concedido. En la franquicia, a esta razón se añade la de poder pertenecer a la red del franquiciador, por lo que al pago de cánones periódicos y proporcionales en función de la actividad del franquiciado se suele añadir un pago fijo, al inicio del contrato como derecho de entrada.

e) La franquicia desborda los objetivos de cualquier contrato de transferencia de tecnología pues, como señala Esperanza Gallego (ver nota 186) el franquiciador condiciona la concesión de estos derechos a la proyección de una imagen uniforme de la franquicia y de las operaciones del franquiciado a fin de mantener el *«goodwill»* de ésta. Instaura entonces un control tanto acerca de la manera de usar aquellos derechos como los métodos de *marketing*. La transmisión del complejo mencionado no puede entenderse sino por referencia al control que el franquiciador ejerce sobre la íntegra actividad de sus franquiciados, aplicado al mantenimiento de la identidad y reputación de la cadena franquiciada. Además, al elemento *«licencia»* se une el elemento *«distribución»* el cual constituye parte esencial en la relación de franquicia.

### 3.4. Diferencias con contratos de tipo asociativo o de «joint-venture»

Tampoco cabe establecer asimilación alguna entre los contratos de franquicia y todos aquellos que, con mayor o menor grado de integración de los partícipes, pueden englobarse dentro de la categoría de asociativos, de agrupación o de *«joint-venture»* que se analizarán en los Capítulos siguientes, pese a que las características de la franquicia, en cuanto a ser un contrato de colaboración entre empresas con intereses mutuos en el logro de un objetivo común que podría sintetizarse en asegurar una calidad constante de los productos y servicios, presenta evidentes rasgos comunes con dichos contratos de carácter asociativo.<sup>200</sup>

Sin embargo, la franquicia típica aquí analizada, y sin perjuicio de contratos específicos de esta índole que comporten una participación de las partes en inversiones conjuntas de forma que se produzcan aportaciones recíprocas de capital en los negocios de franquiciador y franquiciado,<sup>201</sup> presenta rasgos propios que le confieren total autonomía respecto a la sociedad civil o mercantil o a cualquier otro tipo de contrato asociativo, en la medida en que si bien es cierto que siempre se produce una integración del franquiciado en la organización o red del franquiciador, aquél no pierde su independencia, ni tal integración supone el nacimiento de un nuevo ente jurídico ni la modificación de las respectivas estructuras jurídicas.

Por otra parte, y si bien el *«animus cooperandi»* está implícito en toda franquicia, no existe *«affectio societatis»* o voluntad de asociación, inherente a todo contrato asociativo, ni existe propósito de compartir riesgos en la actividad ya que el franquiciador no se verá afectado, al menos de forma directa, por los resultados económicos que obtengan los franquiciados, aunque ello pueda influir,

200. Lopicino Rodríguez en «A propósito del franchising» (Revista La Ley de 29-7-1986) alude a este carácter asociativo de la franquicia al señalar que «jurídicamente nos hallamos ante una fórmula sofisticada y atípica —en parte asociativa, en parte arrendaticia y en parte de pura compra-venta— pero de gran eficacia probada en países altamente desarrollados».

Otros autores nacionales y extranjeros han remarcado el carácter asociativo de la franquicia, cuyas teorías han sido analizadas por Esperanza Gallego en la obra citada en la nota 186, págs. 97 y 98, a la que nos remitimos.

201. La denominada por F. Casas y M. Casabó («La Franquicia», Ediciones Gestión 2.000 S.A., 1989) «franquicia asociativa», que definen como «aquella en que el franquiciador está asociado al capital del franquiciado e incluso este último participa minoritariamente en el capital del franquiciador».

lógicamente, en los ingresos por cánones o *royalties* que deba obtener de éstos que, por otro lado, no dependen de los beneficios obtenidos, elemento inherente a todo contrato asociativo, sino del volumen de actividad que desarrollen, nota característica de todo canon o *royalty*.

#### 4. Ventajas e inconvenientes de la franquicia

##### 4.1. Ventajas de carácter general

Todos los autores que directa o indirectamente han abordado el estudio de la franquicia han resaltado las innumerables ventajas de esta figura, que el propio Reglamento 4087/88 recoge en su preámbulo, aludiendo no sólo a las que reporta a las partes en el contrato, sino también a los consumidores y usuarios, en los siguientes términos:<sup>202</sup>

a) Los acuerdos de franquicia mejoran normalmente la distribución de productos y/o la prestación de servicios puesto que dan a los franquiciadores la posibilidad de crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas.

b) Favorecen la entrada de nuevos competidores en el mercado, particularmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, aumentando así la competencia entre marcas.

c) Permiten que los comerciantes independientes puedan establecer instalaciones más rápidamente y con más posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y la ayuda del franquiciador, pudiendo así competir de forma más eficaz con grandes empresas de distribución.

d) Los acuerdos de franquicia también reservan a los consumidores y otros usuarios finales una parte equitativa del beneficio resultante puesto que combinan las ventajas de una red de distribución uniforme con la existencia de comerciantes personalmente interesados en el funcionamiento eficaz de su empresa.

e) El carácter homogéneo de la red de distribución y la cooperación permanente entre franquiciador y los franquiciados aseguran una calidad constante de los productos y servicios.

202. Considerandos 7 y 8 del Reglamento 4087/88 de 30 de noviembre de 1988.

f) El efecto favorable de la franquicia sobre la competencia entre marcas y el hecho de que los consumidores sean libres para tratar con cualquier franquiciado en la red de distribución garantizan que una parte razonable de los beneficios resultantes serán transmitidos a los consumidores.

##### 4.2. Ventajas de la franquicia internacional

Las ventajas señaladas por el propio Reglamento comunitario tienen un efecto multiplicador cuando la franquicia adquiere ámbito internacional.

En el proceso de internacionalización de la empresa y a mitad de camino entre el contrato de distribución y la implantación en el exterior mediante filiales o «*joint-ventures*», cabría situar a la franquicia en la medida que:

a) El franquiciador se beneficia de una disminución de los gastos que comporta toda inversión de capital en el exterior, puesto que se apoya sobre una red que se autofinancia, con lo que puede orientar sus inversiones a tareas de investigación para mejorar su propia tecnología.

b) Disminuye los riesgos que toda inversión en el exterior lleva consigo, desde políticos a económicos, al no tener que desplazar capitales a otro país, y evita las restricciones que todavía existen en muchos países respecto a inversiones extranjeras en determinadas actividades comerciales. No sólo no se produce dependencia accionarial del exterior, sino que se potencia el desarrollo de actividades nacionales, con una dirección y gerencia locales; muchas veces con un único «*franquiciado principal*» de total confianza, que se encarga de subcontratar franquiciados locales en distintas ciudades o zonas del país.

c) El franquiciador consigue con rapidez dotar de renombre internacional a su marca y productos, sin temor a que se altere su calidad y prestigio debido a la uniformidad y presentación homogénea que lleva implícita la franquicia y que se exige a los franquiciados.

d) Permite al franquiciador un constante conocimiento de las necesidades de un mercado, en principio extraño para él, al contar con franquiciados cualificados que conocen mejor que nadie las opciones y gustos del consumidor local, pudiendo adaptar sus prestaciones a las exigencias de este mercado y a la evolución de

las mismas, actualización que no siempre se consigue mediante otros intermediarios menos integrados como los meros agentes o distribuidores.

e) También para los franquiciados las ventajas son evidentes: el intercambio constante de experiencias con el franquiciador representa un factor de innovación permanente, que le permitirá desde un principio beneficiarse de una marca y unos distintivos que atraerán a la clientela; competir con grandes superficies o con filiales de grandes multinacionales, sin la servidumbre que comporta una «joint-venture» con participación de un socio local, y difícilmente alcanzable en una posición de agente o distribuidor; y sentirse seguro y respaldado por la asistencia técnica y comercial inherente a la franquicia, que le será facilitada por el franquiciador durante la vida del contrato y todo ello sin perder su independencia jurídica y patrimonial.

#### 4.3. Inconvenientes

Como cualquier instrumento jurídico, la franquicia en general presenta también inconvenientes o, mejor dicho, aspectos no ventajosos, que pueden concretarse en:

a) Necesidad de controlar periódicamente las actividades de los franquiciados al objeto de que éstos no se aparten de la uniformidad exigida por toda franquicia, ni que decaiga el nivel de calidad exigido a los productos y/o servicios, lo que puede desembocar en una situación tensa, si se extralimita o no se facilita ese control, quebrando el carácter de contrato de colaboración que impregna a la franquicia.

b) Dificultad que casi siempre entraña la elección del franquiciado adecuado, teniendo en cuenta el nivel de cualificación que toda franquicia exige, lo que se traduce en la práctica en un número elevado de rescisiones contractuales antes de término por incumplimiento del elegido, bien por no ser capaz de mantener los parámetros exigidos por el franquiciador, bien por no atender los pagos estipulados debido a su bajo rendimiento.

c) Facilidad de incurrir en publicidad engañosa dada la profusión que la franquicia ha adquirido últimamente, con continuas ofertas en todos los medios de comunicación, a veces incluso mediante el reclamo publicitario de figuras conocidas del mundo del espectáculo o del deporte, que pueden provocar en el potencial franquiciado, con

frecuencia carente de experiencia pero motivado a formar parte de una red supuestamente exitosa, predisposición a aceptar un clauseulado generalmente complejo y de difícil negociación (de ahí que en el apartado 3.1 se aludiera al carácter de contratos «de adhesión» que muchos de ellos tienen), por cuya firma no dudan en pagar un derecho de entrada a cambio de algo que luego no resulta tan sugestivo como se había anunciado.<sup>203</sup> La ya comentada ausencia de una normativa uniforme dificulta enormemente puedan combatirse estas conductas a nivel internacional, pese a los intentos del Código Deontológico Europeo de la Franquicia citado en el apartado 1, carente de fuerza normativa y por ello inaplicable como norma coactiva, por lo que deberá recurrirse a las respectivas legislaciones internas en materia de publicidad engañosa o que contengan algún tipo de protección del franquiciado, como ocurre en España.<sup>204</sup>

203. A este inconveniente alude extensamente Esperanza Gallego (ver obra citada en nota 186, por 85 y sig.), denunciando actitudes de franquiciados que se sirven de ofertas técnicas de promoción para presentar ante el eventual franquiciado una oferta incompleta y capciosa en la que se sobrevaloran la rentabilidad y las ventajas de la franquicia, empresas que salen al mercado después de haber recogido los frutos de campañas de venta aprestadas con el único objeto de vender franquicias y no de gestionar una empresa, o manifestaciones como no ser necesaria experiencia alguna, ni inversión de capital, o que todo riesgo es eliminado, a lo que se une el hecho de que el franquiciado se encuentra normalmente ante un vasto y complejo catálogo cuyas consecuencias no puede, en el momento de la conclusión del contrato, acertar a predecir. Se trata entonces de establecer una disciplina preventiva para evitar que personas incompetentes o maliciosas que creen o pretenden hacer creer, que tienen una buena idea comercializable, vendan fórmulas imitativas a cambio de un derecho de entrada. Se trata de evitar la llamada «venta de humo».

204. En nuestro país, aparte de considerarse ilícita la publicidad engañosa (art. 1.º y 4.º de la Ley 34/1988 de 11 de noviembre General de Publicidad), al igual que ocurre en otros países de nuestro entorno comunitario, el inconveniente denunciado pretende obviarse en el artículo 62.3 de la Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista que, sustituyendo en este aspecto la línea marcada por la legislación de EE.UU., impone al franquiciador una obligación de información previa al franquiciado: «Con una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega del futuro franquiciador al franquiciado de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia». Asimismo prevé la creación de un Registro en el que deberán inscribirse los franquiciadores, y cuyo desarrollo normativo será abordado en el Reglamento de la franquicia pendiente de aprobación (ver notas 182 y 183).

## 5. La franquicia ante el Derecho de la Competencia

### 5.1. Ámbito de aplicación y exclusiones

Aparte de las restricciones de la libre competencia que suelen encontrarse en los contratos de distribución y de transferencia de tecnología ya examinadas al tratar de dichos contratos en capítulos anteriores (exclusiva, pactos de no concurrencia, restricciones territoriales) la franquicia incorpora nuevos elementos susceptibles también de vulnerar las prohibiciones del artículo 85 del Tratado de Roma (ver nota 79), y precisamente por ello tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal de Luxemburgo en el ya comentado caso Pronuptia, que, como se dijo en el anterior apartado 2.2, sirvió de antecedente para el posterior Reglamento 4087/88 que, según ya es tradicional en este tipo de Reglamentos de exención por categorías, como se vio en capítulos precedentes, contiene las consabidas listas de cláusulas permitidas y cláusulas prohibidas que seguidamente comentaremos, y cuyo contenido es el aplicable en España para contratos de franquicia que, por no afectar al comercio entre Estados miembros o por ser de «menor importancia», quedan fuera del ámbito comunitario.<sup>205</sup>

Aparte de estas exclusiones, ya repetidas en todos los contratos que no alcancen la dimensión comunitaria, por limitarse a un solo Estado miembro o por no alcanzar el volumen necesario en el sector de que se trate, el Reglamento 4087/88 excluye expresamente de su ámbito de aplicación la «franquicia industrial», a que nos hemos referido en el apartado 2.1, y toda aquella que no tenga como objetivo la venta al por menor de productos, la prestación de servicios a usuarios finales o la combinación de ambas actividades, centrándose, por tanto, en las denominadas franquicias de distribución y/o de servicios que se analizaron en los apartados 2.2 y 2.3, lo cual también dejaría fuera de su ámbito la franquicia que tuviera por objeto cubrir las prestaciones de la misma únicamente hasta el nivel de mayorista.

La razón de estas exclusiones no obedece a idéntico motivo. La franquicia industrial, según se dijo al comentar esta tipología con-

205. Rigen las mismas normas ya examinadas en anteriores contratos, en cuanto a acuerdos de menor importancia (Comunicación de la Comisión de 30 de enero de 1997) y remisión a los Reglamentos comunitarios por parte del Real Decreto 1571/1992 de 24 de febrero que desarrolló la Ley 16/1989 de 17 de julio sobre Defensa de la Competencia.

tractual, se excluye, según el propio Reglamento, por poder beneficiarse de otras exenciones por categorías, concretamente las del Reglamento 240/96 sobre contratos de transferencia de tecnología.<sup>206</sup>

Por el contrario, la exclusión de la franquicia de distribución y/o servicios al por mayor la justifica el propio Reglamento en «falta de experiencia de la Comisión en este campo»,<sup>207</sup> por lo que en esta materia no cabe más remedio que acudir a la Comisión en demanda de una exención individual (ver nota 82).

Sin embargo, cubre el supuesto denominado «franquicia principal» o «master franchise» al que ya se hizo referencia en el apartado 2.4, que no se trata de un tipo distinto de franquicia, como se dijo, sino de una franquicia normal, de distribución y/o de servicios, pero que incorpora un nuevo elemento subjetivo en la relación franquiciador-franquiciados: el franquiciado principal, con posibilidad éste de subcontratar la franquicia a otros franquiciados.<sup>208</sup>

### 5.2. Cláusulas permitidas y no permitidas

En la misma línea que el resto de Reglamentos en materia de competencia, el Reglamento 4087/88 contiene las ya conocidas lista blanca, de obligaciones y restricciones permitidas, y lista negra, de aquellas que no se permiten y, en consecuencia, pueden provocar su nulidad por inaplicación de la exención:

206. Considerando 4 del Reglamento 4087/88 de 30 de noviembre de 1988. Como advierte Esperanza Gallego (ver obra citada en nota 186, pag. 66) no se trata de elaborar una construcción jurídica completa de la franquicia a nivel comunitario, sino de ver el acomodo de la misma a las normas del Derecho de la Competencia, de forma que si esta finalidad se cumple en virtud de otros cuerpos jurídicos ya existentes, la exención por categorías a las licencias de patente o de Know-how, por ejemplo, no parece necesario duplicar la normativa, lo que no obsta a la conceptualización de la franquicia industrial como tal, sin que ni el Tribunal ni la Comisión hayan pretendido negarle tal carácter de franquicia. Simplemente han querido excluir del beneficio de la exención previsto para la franquicia de distribución y de servicios.

207. Considerando 5 del Reglamento 4087/88 de 30 de noviembre de 1988.

208. Dice el Reglamento en su Considerando 5: «también cubre los casos en que la relación entre franquiciador y franquiciados se realiza por mediación de un tercero, el franquiciado principal», señalando en el artículo 2 que «las disposiciones del Reglamento concernientes a las relaciones entre el franquiciador y el franquiciado se aplican mutatis mutandis a las relaciones entre franquiciador y franquiciado principal y entre franquiciado principal y franquiciado». También en el artículo 2 (lista blanca) el Reglamento considera lícita la obligación del franquiciado principal de no concluir acuerdos de franquicia con terceros fuera de su territorio contractual.

a) *Restricciones y obligaciones permitidas (lista blanca)*<sup>209</sup>

## - A cargo del franquiciador:

1. No conceder el derecho de explotar la franquicia o parte de ella a terceros.

2. No explotar por sí mismo la franquicia ni comercializar por sí mismo los productos o servicios objeto de la franquicia con arreglo a una fórmula similar.

3. No suministrar por sí mismo a terceros los productos del franquiciador.

El Reglamento reconoce en estos tres puntos la licitud del pacto por el que se conceda la franquicia con carácter exclusivo al franquiciado, excluyéndose el propio franquiciador de la posibilidad de explotarla y de vender los productos o servicios objeto de franquicia, ni en la misma forma que el franquiciado, ni de forma similar, como podría ser creando un establecimiento propio de características similares al del franquiciado pero ajeno a la red. Se recoge así la doctrina sentada por el Tribunal en el ya comentado caso Pronuptia<sup>210</sup> de que de no permitirse esta exclusividad, no se arriesgaría el franquiciado a integrarse en la cadena, invirtiendo su propio dinero, pagando una cuota de admisión y un canon anual sí, debido a la protección de la competencia del franquiciador o de otros franquiciados, no pudiere esperar que su establecimiento resultara rentable.

## - A cargo del franquiciado:

1. Explotar la franquicia únicamente a partir de los locales objeto del contrato:

2. Abstenerse, fuera del territorio objeto del contrato, de buscar clientes a los cuales vender los productos o prestar los servicios objeto de la franquicia (prohibición de competencia activa);

3. No fabricar, vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos competidores con los productos del franquiciador que sean objeto de la franquicia. Cuando el objeto de la franquicia sea vender o utilizar a la vez en el marco de la prestación de servicios, determinados productos y piezas de recambio o accesorios de aquellos, esta obligación no podrá imponerse en lo que respecta a las piezas de recambio o accesorios.

209. Artículos 2 y 3 del Reglamento 4087/88 de 30 de noviembre de 1988.

210. Considerando 24 de la Sentencia de 28 de enero de 1986 (ver nota 184).

4. Vender, o utilizar en el marco de la prestación de servicios, exclusivamente productos que cumplan las especificaciones mínimas objetivas de calidad establecidas por el franquiciador;

5. Vender, o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos fabricados exclusivamente por el franquiciador o por terceros designados por éste, cuando resulte impracticable aplicar especificaciones objetivas de calidad debido a la naturaleza de los productos objeto de la franquicia;

6. No ejercer, ni directa ni indirectamente, un comercio similar en un territorio donde pudiera competir con un miembro de la red franquiciada, incluido el franquiciador; el franquiciado podrá ser mantenido bajo esta obligación después de la expiración del contrato, por un periodo razonable no superior a un año, en el territorio donde haya explotado la franquicia;

7. No adquirir participaciones financieras en el capital de una empresa competidora que darían al franquiciado el poder de influir en la conducta económica de tal empresa;

8. Vender los productos objeto de la franquicia sólo a los usuarios finales, a otros franquiciados y a revendedores pertenecientes a otros canales de distribución aprovisionados por el fabricante de estos productos o con su consentimiento;<sup>211</sup>

9. Obrar con la máxima diligencia para vender los productos o prestar los servicios objeto de la franquicia; ofrecer a la venta una gama mínima de productos, realizar una facturación mínima, planificar de antemano sus pedidos, mantener unas existencias mínimas y prestar el servicio de asistencia a la clientela y de garantía;

10. Abonar al franquiciador un porcentaje determinado de sus ingresos para publicidad y efectuar directamente la propia publicidad con la aprobación del franquiciador sobre el carácter de la misma.

211. Se recoge aquí una obligación que, pese a ser contraria a la libre competencia, se exonera por cuanto, como señaló la Comisión en la Decision Computerland (ver nota 191), la prohibición al franquiciado de revender a revendedores no pertenecientes a la red está basada en la legítima preocupación de que el nombre, la marca o la fórmula comercial pueden resultar perjudicados si los productos objeto de contrato fuesen vendidos por revendedores que no tuvieran acceso a los conocimientos técnicos del franquiciador y no estuvieran vinculados por las obligaciones destinadas a proteger la reputación y la homogeneidad de la red y de sus marcas distintivas.

11. No divulgar a terceros el «know-how» comunicado por el franquiciador; el franquiciado podrá asimismo ser mantenido bajo esta obligación después de la expiración del acuerdo;<sup>212</sup>

12. Comunicar al franquiciador toda experiencia obtenida en el marco de la explotación de la franquicia y concederle, así como a los otros franquiciados, una licencia no exclusiva sobre el «know-how» que pudiera resultar de dicha experiencia;

13. Informar al franquiciador de toda infracción de los derechos de propiedad industrial o intelectual concedidos, emprender acciones legales contra los infractores o asistir al franquiciador en cualquier acción legal que decida interponer contra aquéllos;

14. No utilizar el «know-how» concedido por el franquiciador para otros fines que la explotación de la franquicia; el franquiciado podrá ser mantenido bajo esta obligación con posterioridad a la expiración del acuerdo;

15. Asistir y hacer asistir a su personal a cursos de formación organizados por el franquiciador;

16. Aplicar los métodos comerciales elaborados por el franquiciador, así como sus sucesivas modificaciones y utilizar los derechos de propiedad industrial o intelectual concedidos;

17. Cumplir las normas del franquiciador en cuanto al material y a la presentación de los locales y/o medios de transporte objeto del contrato;<sup>213</sup>

18. Permitir al franquiciador que éste efectúe controles en sus locales y/o medios de transporte objeto del contrato, incluyendo los

212. La justificación de esta prohibición ya la había señalado el Tribunal de Luxemburgo en la Sentencia de caso Pronuptia (ver nota 184) al referirse a la conveniencia del franquiciador de evitar que los conocimientos y técnicas transmitidos al franquiciado pudieran beneficiar, aunque fuera indirectamente a los competidores.

213. A esta obligación y a los dos siguientes se había referido el Tribunal de Luxemburgo en la Sentencia del caso Pronuptia, señalando en su Considerando 19 que la obligación del franquiciado de vender las mercancías únicamente en un local organizado y decorado según las instrucciones del franquiciador tenía como fin garantizar una presentación uniforme que respondiera a determinados requisitos, asimismo exigibles respecto a su lugar de emplazamiento, lo que influía en el prestigio de la red de distribución, y puede justificar incluso la obligación del franquiciado de no poder cambiar el lugar de emplazamiento del local sin el consentimiento del franquiciador.

También la Comisión se refirió a este punto en varias de sus Decisiones (Charles Jourdan, Service Master y Computerland, ver nota 191) como forma de asegurar la coherencia y homogeneidad comercial y la reputación de los puntos de venta de la red, que podría verse perjudicada por una elección desafortunada en la ubicación del local.

productos vendidos y los servicios prestados así como los inventarios y cuentas del franquiciado;

19. No cambiar la ubicación de los locales objeto del contrato sin el consentimiento del franquiciador;

20. No ceder los derechos y obligaciones resultantes del acuerdo de franquicia sin consentimiento del franquiciador.

La efectividad de la exención y, por tanto, permisibilidad de las cláusulas mencionadas queda sin embargo condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) que el franquiciado sea libre de obtener los productos objeto de la franquicia de otros franquiciados; si dichos productos se distribuyeran a través de otra red de distribuidores autorizados, el franquiciado deberá tener libertad de proveerse de estos distribuidores;

b) que si el franquiciador obliga al franquiciado a prestar garantía por los productos del franquiciador, esta obligación se extenderá asimismo a los productos suministrados por cualquier miembro de la red franquiciada, u otros distribuidores que apliquen una garantía similar, en el mercado común;

c) que el franquiciado esté obligado a indicar su calidad de comerciante independiente; esta obligación no deberá sin embargo interferir la identidad común de la red franquiciada, derivada en particular del nombre o rótulo comunes y de la presentación uniforme de los locales y/o medios de transporte.

b) *Restricciones y obligaciones no permitidas (lista negra)*<sup>214</sup>

La exención no se aplicará cuando:

1. Empresas que fabriquen productos o presten servicios, que sean idénticos o que el usuario considere similares por razón de sus propiedades, su precio y su uso, concluyan acuerdos de franquicia relativos a esos productos o servicios;<sup>215</sup>

2. Se impida al franquiciado abastecerse de productos de calidad equivalentes a los ofrecidos por el franquiciador;

214. Artículo 5 del Reglamento 4087/88 de 30 de noviembre de 1988.

215. Se trata de una clara restricción de la competencia no cubierta por la exención en la medida en que puede provocar que dos franquiciadores que sean competidores, establecidos en Estados miembros distintos, se nombren mutuamente franquiciados, eliminando así la competencia entre las dos redes.



3. Se obligue al franquiciado a vender, o a utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos fabricados por el franquiciador o terceros, designados por éste y el franquiciador se niegue, por motivos distintos de la protección del «know-how» del franquiciador o del mantenimiento de la identidad común y prestigio de la red franquiciada, a considerar como fabricantes autorizados a los terceros propuestos por el franquiciado;

4. Se impida al franquiciado continuar utilizando el «know-how» concedido tras la expiración del contrato, cuando dicho «know-how» haya devenido de general conocimiento o fácilmente accesible por causas diferentes a una violación de sus obligaciones por parte del franquiciado;

5. Se impongan, directa o indirectamente, restricciones al franquiciado en la fijación de los precios de venta de los productos o servicios objeto de la franquicia, sin perjuicio de la posibilidad del franquiciador de recomendar dichos precios;

6. El franquiciador prohíba al franquiciado impugnar la validez de los derechos de propiedad industrial o intelectual que formen parte de la franquicia, sin perjuicio de la facultad del franquiciador de rescindir en tal caso el contrato;

7. Se obligue a los franquiciados a no suministrar, en el interior del mercado común, los productos o servicios objeto de la franquicia a los usuarios finales, en razón del lugar de residencia de éstos.<sup>216</sup>

Como cabe la existencia de acuerdos que cumpliendo las condiciones a), b) y c) indicadas en el apartado anterior, incluyan en su clausulado restricciones distintas de las recogidas en el Reglamento como permitidas (apartados 1 al 20 del mismo apartado) el propio Reglamento prevé que, caso de no contener ninguna de las siete cláusulas no permitidas, puedan beneficiarse de la exención notificándolo a la Comisión y siempre que ésta no se oponga en un plazo de seis meses a partir de la recepción de tal notificación o, caso de haber sido enviada por correo, a partir de la fecha que conste en el matase-llos del lugar de expedición. La Comisión podrá oponerse y deberá hacerlo cuando un Estado miembro lo solicite basándose en normas de competencia establecidas en el Tratado.

216. Si bien es lícito prohibir al franquiciado que venda a revendedores no pertenecientes a la red (ver nota 211) no lo es que se prohíba vender a usuarios finales que residan en un lugar distinto al ámbito territorial concedido al franquiciado, aparte de la imposibilidad en la práctica de negar la venta a un usuario que haya decidido comprar en un punto de venta distinto al de su residencia.

c) *Conductas que pueden provocar que la Comisión retire los beneficios de la exención general*<sup>217</sup>

La Comisión podrá retirar el beneficio de la aplicación del Reglamento 4087/88 si comprobase que, en un caso determinado, un acuerdo exento en virtud del mismo produce, no obstante, determinados efectos incompatibles con las condiciones previstas en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado y, en particular, cuando se haya concedido una protección territorial al franquiciado y;

1. El acceso al mercado pertinente ò la competencia dentro de éste se hallen restringidos de manera significativa por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos similares establecidas por fabricantes y distribuidores competidores;

2. Los productos o servicios objeto de la franquicia no estén sometidos en una parte substancial del mercado común a la competencia efectiva de productos o servicios idénticos o considerados por el usuario como similares, debido a sus propiedades, su precio y su uso;

3. Las partes, o una de entre ellas, impidan a los usuarios finales, en razón del lugar de residencia de éstos, obtener en el interior del mercado común directamente o por intermediarios los productos o servicios objeto de la franquicia, o usen las diferentes especificaciones relativas a estos productos o servicios en los diversos Estados miembros para aislar los mercados;

4. Los franquiciados establezcan prácticas concertadas en relación con los precios de venta de los productos o servicios objeto de la franquicia;

5. El franquiciador utilice su derecho de inspeccionar los locales y los medios de transporte objeto del contrato, o niegue su consentimiento a solicitudes del franquiciado de trasladar las instalaciones contractuales o ceder sus derechos y obligaciones resultantes del acuerdo de franquicia por motivos diferentes de la protección de los derechos de propiedad industrial o intelectual del franquiciador, el mantenimiento de la identidad común y la reputación de la red franquiciada o del control del cumplimiento de las obligaciones que incumban al franquiciado con arreglo al contrato.

217. Artículo 8 del Reglamento 4087/88 de 30 de noviembre de 1988.

## 6. Terminación del contrato

### 6.1. Duración del contrato

El contrato de franquicia puede establecerse, al igual que los anteriormente examinados, por tiempo determinado o indeterminado, a voluntad de las partes, si bien lo normal es fijar un plazo de duración concreto y normalmente bastante largo con el fin de que el franquiciado pueda amortizar la inversión que el desarrollo de toda franquicia lleva consigo.

Ha de tenerse presente que la franquicia exige normalmente del franquiciado un desembolso inicial, el llamado «derecho de entrada», cantidad fija que suele imponer el franquiciador a todo franquiciado para ingresar en la red y con independencia de los cánones o *royalties* que deban pagarse posteriormente en función del nivel de actividad desarrollado y como contraprestación a los servicios prestados por el franquiciador; así como una inversión inicial en el adecuado emplazamiento y decoración de los locales en que vaya a realizar su actividad de distribución y venta o de prestación de servicios.

Otro coste importante puede representar la publicidad, pues a veces se exige por el franquiciador una aportación inicial a un fondo para futuras campañas.

Si a todo ello se añade el *stock* inicial que normalmente deberá adquirir el franquiciado para iniciar su actividad, fácilmente se comprenderá que interés a éste establecer la vida del contrato en un plazo lo más dilatado posible, mientras que el franquiciador preferirá un periodo más corto, aunque con posibilidad de prórrogas si la gestión del franquiciado se ha revelado eficaz.

La tónica general será la de establecer contratos de duración determinada, a medio o largo plazo (entre 5 y 10 años), con posibilidad de denuncia por cualquiera de ambas partes caso de incumplimiento, aunque también es frecuente el señalamiento de un plazo breve (de 1 a 3 años), con posibilidad de prórroga automática, salvo denuncia de una u otra parte mediante el correspondiente preaviso.

Dada la autonomía de la voluntad que rige en la materia, dependerá la duración del contrato de lo que libremente estipulen las partes, y así, y al igual que se dijo a propósito de los contratos de distribución y de transferencia de tecnología, si el contrato estipula un plazo de duración limitado, mantendrá sus efectos durante dicho plazo y el de sus eventuales prórrogas si se hubiesen previsto, sin perjuicio de la resolución anticipada caso de incumplimiento.

Si el contrato se pacta por tiempo indefinido, circunstancia poco frecuente en materia de franquicia, cabrá la rescisión unilateral siempre que no se traspasen los límites de la equidad y la buena fe y se cumplan los términos del contrato, en especial el plazo de preaviso si se pactó.<sup>218</sup>

### 6.2. Efectos de la terminación del contrato

Sea cual fuere la duración del contrato, la finalización del mismo por transcurso del término pactado o el de sus prórrogas no da derecho, salvo pacto expreso al efecto, a indemnización alguna al no existir norma imperativa que lo establezca, pudiendo aplicarse a la franquicia las mismas consideraciones que se expusieron a propósito del contrato de distribución en el apartado 4.2 del Capítulo 3.

Consecuentemente, será de aplicación el principio general de indemnización por daños y perjuicios que todo incumplimiento contractual lleva consigo en base a la teoría general del incumplimiento de obligaciones al que ya se hizo referencia al tratar del contrato de distribución y así, el incumplimiento del plazo de preaviso pactado o la rescisión con abuso o mala fe por parte del franquiciador acarrearía la obligación de indemnizar al franquiciado los daños y perjuicios causados, al igual que el incumplimiento de las obligaciones de asistencia técnica y comercial inherentes a la franquicia o de cualquier otra obligación asumida por el franquiciador (ver notas 104 y 218).

Tampoco el franquiciado, en virtud del mismo principio, queda exento de la obligación de indemnizar al franquiciado si el incum-

218. Cabría aplicar en materia de resolución unilateral la doctrina del Tribunal Supremo respecto al contrato de distribución, comentada en la nota 104, ya que, en definitiva, es la aplicable a todo tipo de contrato de duración indefinida, según ha señalado dicho Tribunal en Sentencia de 12 de mayo de 1997: «La falta de señalamiento de un plazo concreto de duración del contrato permite, de acuerdo con una doctrina jurisprudencial aplicable a toda clase de contratos de duración indefinida, la resolución unilateral del contrato, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias cuando la resolución del vínculo se hubiere producido en forma abusiva que produzca de manera necesaria daños y perjuicios a la otra parte, o si implica un aprovechamiento del trabajo ajeno, que ha de ser compensado para que no pueda existir calificación de enriquecimiento injusto»; señalando en posterior Sentencia de 9 de octubre de 1997, que «en los supuestos de duración indeterminada las relaciones obligatorias creadas son válidas pero, conforme a nuestra tradición jurídica y doctrina científica hay que admitir la imposibilidad de reputarlas perpetuas, por lo que asiste a los contratantes facultad de liberación de las mismas mediante resolución unilateral, condicionada dentro de los parámetros de la buena fe, ya que las partes no deben permanecer indefinidamente vinculadas».

plimiento de las obligaciones por él asumidas en el contrato causará un perjuicio al franquiciador, por ejemplo si explota la franquicia de forma inadecuada y ello afecta negativamente a la reputación de la marca, o divulga indebidamente el *know-how* recibido del franquiciador.

Pero dadas las peculiares características del contrato de franquicia, cabe plantearse la cuestión, que ya fue analizada al tratar de la terminación del contrato de distribución, de si el mero hecho de la finalización del contrato, sin mediar incumplimiento del franquiciado, genera para éste derecho a una indemnización por clientela.

Las consideraciones allí efectuadas en torno a la posible asunción por el concedente de la clientela conseguida por el concesionario, y las justificaciones en favor de reconocer a este último una indemnización si ello representa un beneficio o enriquecimiento para el concedente, adquieren mayor significación a propósito de la franquicia, si se tienen en cuenta las circunstancias que suelen concurrir al término de un contrato de franquicia, de mayor intensidad que las que pueden producirse al término de un contrato normal de distribución:

a) La clientela conseguida por el franquiciado difícilmente seguirá a éste al término del contrato, dada la gran importancia que en la franquicia adquiere la marca y prestigio de la red, por lo que, ante un cambio de franquiciado, al igual que vimos en caso de nombramiento de nuevo distribuidor de productos de marca, será el último y no el sustituto el que herede la clientela y, por vía indirecta, el franquiciador.

b) Las inversiones realizadas por el franquiciado no se amortizan en un contrato de corta duración, y son superiores a las que suele realizar normalmente un mero distribuidor, que no está sujeto a cuotas de entrada, ni, por regla general, obligado a gastos extraordinarios de decoración y adecuación de sus locales, ni al pago de cánones o *royalties*, al no existir transferencias tecnológicas ni prestaciones de servicios por parte del que concede la distribución.

c) El franquiciado, al término del contrato tendrá que despedir personal y dar salida al *stock* de mercancía sobrante, circunstancia esta última que interesará controlar al franquiciador para evitar ventas a precio de saldo que dañen la imagen del producto y de la red franquiciada.

A diferencia del contrato de distribución, en el que, pese a ser recomendable y figurar en algunos modelos de contrato (ver nota 105), no suele preverse ningún tipo de indemnización por finalización del mismo, debiendo ser los Tribunales, como se dijo, quienes deban determinar si procede o no reconocer al concesionario sustituido algún tipo de compensación por la clientela perdida y asumida por el nuevo o por el propio concedente, en los contratos de franquicia sí suele preverse, y es recomendable hacerlo, alguna fórmula compensatoria, que cubra al franquiciado las inversiones no amortizadas y la clientela perdida, además de la obligación del franquiciador de recomprar el *stock* sobrante, en reciprocidad a la obligación que también suele imponerse al franquiciado de indemnizar al franquiciador caso de incumplir su obligación de no competencia,<sup>219</sup> y de devolver todos los manuales, catálogos, signos distintivos, muestras y demás objetos a fin de impedir siga utilizando los conocimientos transferidos durante la vigencia del contrato, pese a que muchos de éstos serán, por definición, irreversibles una vez aprendidos.

De no haberse estipulado nada al respecto deberán ser también los Tribunales quienes juzguen si la terminación del contrato supone o no enriquecimiento injusto para el franquiciador, en perjuicio del franquiciado, que justifique el pago a éste de una indemnización, cabiendo la aplicación, *mutatis mutandis*, de lo dicho en el apartado 4.2 del Capítulo 3, así como la doctrina que emana de la Jurisprudencia invocada en notas a pie de página de dicho apartado.

219 En el artículo 11 del borrador de modelo de Contrato de la C.C.I. que se reproduce como anexo al presente Capítulo se recoge una fórmula para calcular la indemnización al franquiciador caso de que el franquiciado vulnere el pacto de no concurrencia. Nada impide que pueda pactarse una indemnización por clientela para el momento de la finalización del contrato, de forma análoga a la prevista en el modelo de Contrato de Distribución de la C.C.I. reproducido como Anexo al Capítulo 3 (Anexo XI al Contrato), pese a que en el borrador de Contrato de Franquicia de la C.C.I. no se contenga previsión alguna a este respecto.

220 Abona este criterio la amplitud con que se ha referido el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de diciembre de 1997 a las indemnizaciones compensatorias por clientela en contratos atípicos de colaboración (de corresponsalia de transporte de mercancías en el caso enjuiciado), estableciendo: «Al extinguirse el vínculo, si el concedente continúa disfrutando y favoreciéndose de la clientela generada por la actividad profesional de su corresponsal, que ha cumplido sus obligaciones, se produce un perjuicio de los intereses de éste, correspondiente tal situación con la del enriquecimiento sin causa, que justifica la indemnización que corresponda, ya que se ha producido un desplazamiento de los clientes y una ventaja económica añadida por su distructe que deviene de las labores de captación y esfuerzo ajenos, que redundan en perjuicio del colaborador, por la disminución o pérdida en sus propios negocios futuros, pero no puede percibir comisiones ni otras retribuciones de la clientela perdida».

También son de aplicación al contrato de franquicia las consideraciones hechas a propósito de la terminación de los contratos de transferencia de tecnología en el apartado 7.2 del Capítulo anterior, en cuanto a la posibilidad de solicitar el franquiciador, ante incumplimiento del franquiciado y consiguiente resolución contractual, medidas cautelares que obliguen a este último al cese inmediato de los derechos reconocidos en el contrato (ver nota 179), adquiriendo esta cuestión mayor importancia, si cabe, a propósito de la franquicia, pues la continuidad del franquiciado incumplidor tras la resolución o terminación del contrato no sólo perjudica al franquiciador, sino a los restantes franquiciados de la red.

Si no pudiera el franquiciador conseguir el cese inmediato de las actividades del franquiciado incumplidor, los daños que podrían producirse a la red de franquicia e incluso al nuevo franquiciado que le sustituya en su área de exclusiva concedida, serían ciertamente irreparables.

## 7. Pautas para la formalización de un contrato internacional de franquicia

### 7.1. La selección de una franquicia

Siguiendo la misma línea expositiva empleada en los contratos anteriormente examinados, conviene establecer, como paso previo al examen de las prevenciones a tener en cuenta en la elaboración del contrato, una serie de recomendaciones, válidas tanto para franquiciadores como para franquiciados, a la hora de plantearse el otorgamiento de franquicias o la incorporación a una red franquiciada, respectivamente.

Las cuestiones más importantes que ambas partes deberían plantearse antes de formalizar un contrato internacional de franquicia son:

- a) Existencia de demanda y grado de la misma en el país en que vaya a desarrollarse la franquicia.
- b) Nivel de competencia en dicho país de productos idénticos o similares a los que vayan a ser objeto de franquicia, y grado de implantación de otras franquicias o marcas.
- c) Análisis de las ventajas e inconvenientes de la franquicia en relación a otras formas alternativas de penetración en el mercado de

que se trate, es decir, a través de un contrato de distribución, normal o selectiva, o mediante creación de una «joint-venture» entre potencial franquiciador y franquiciado.

d) Aptitud del franquiciado para asimilar los conocimientos y asistencia necesarios para el adecuado desarrollo de la franquicia.

e) Capacidad económica del franquiciado para asumir los pagos e inversiones que exija el acceso a la franquicia y su desarrollo posterior, así como idoneidad de sus medios materiales, locales y personal.

f) Publicidad necesaria para dar a conocer la marca y el producto o servicio objeto de franquicia en el país en que vaya a desarrollarse la misma y forma de financiar su coste.

g) Tratamiento legal y fiscal que otorgue al contrato de franquicia la legislación interna del país en cuyo territorio vaya a desarrollarse la misma.

Por su parte el Código Deontológico Europeo de la Franquicia establece una serie de normas de selección y recomendaciones previas a la formalización del contrato que, aun cuando no son vinculantes, como se dijo al principio, merece la pena tenerlas en cuenta:

1. La publicidad de selección deberá ser honesta y sincera. No contendrá ambigüedades ni, menos aun, será engañosa. Toda la publicidad será conforme, tanto en la forma como en el fondo, con las leyes y normas en vigor.

Toda publicidad de reclutamiento que contenga alusiones, directas o indirectas, a resultados, cifras y datos referentes a ingresos o beneficios que puedan afectar a las empresas franquiciadas, será objetiva, completa y verificable, especialmente en lo referente a la zona geográfica y al período de tiempo a que se refiera.

Toda información sobre los aspectos financieros será detallada en todas sus partes, indicando claramente la suma total de inversión necesaria.

2. El franquiciador seleccionará y aceptará solamente a los candidatos franquiciados que posean las cualificaciones exigidas para la franquicia.

Se excluirá de estas cualificaciones cualquier discriminación por razón política, racial, idiomática, religiosa o sexual.

3. El franquiciador se asegurará, antes de la firma del contrato, de que el franquiciado posee la formación necesaria, ayudándole a adquirirla, en caso contrario. La formación del franquiciado deberá

comprender, normalmente, varios cursillos preliminares de capacitación en un negocio similar, con una estancia en una unidad piloto.

4. El franquiciador facilitará al candidato franquiciado los detalles exactos, completos y verificables a partir de una o varias experiencias reales anteriores, con relación al emplazamiento y mercado, así como toda la actividad empresarial propuesta al futuro franquiciado. Estos datos se basarán en el valor del mercado y cuentas comerciales de negocios similares.

5. El franquiciador estudiará, prudente y cuidadosamente, la inversión en equipo, material, existencias iniciales así como de lanzamiento, y cuota de entrada, y lo comunicará al franquiciado candidato antes de la firma del contrato.

6. En el caso de existir algún otro documento sobre condiciones y sistemas, el franquiciador entregará estas condiciones al franquiciado antes de la firma del contrato.

## 7.2. Cláusulas esenciales del contrato

A tenor de todo lo expuesto en el presente Capítulo, y teniendo en cuenta las recomendaciones del Código Deontológico Europeo de la Franquicia así como las normas comunitarias sobre Derecho de la Competencia en esta materia, que son las aplicables también en contratos que se rijan por la legislación interna de los Estados miembros de la Unión Europea, puede verse el esquema de un contrato internacional de franquicia.

Dada la proximidad del contrato de franquicia a los de distribución y transferencia de tecnología, deben incorporarse al contrato las cláusulas propias que para cada uno de ellos han sido analizadas en capítulos anteriores, en la medida en que puedan ser exigidas en un contrato internacional de franquicia, a las que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias, por lo que nos limitaremos a transcribir las reglas que sobre la formalización del contrato establece el Código Deontológico Europeo de la Franquicia:

1. Es necesario que la transacción de base entre franquiciador y franquiciado adopte la forma de un contrato escrito. El contrato de franquicia definirá los derechos y obligaciones de las partes, será legal y tenderá a asegurar una buena gestión de los negocios, para franquiciador y franquiciado por igual.

2. El contrato estará redactado en términos claros y comprensibles, especificando los siguientes puntos, bien entendido que las

disposiciones sean compatibles con el derecho nacional o comunitario:

a) modalidades y condiciones de pago de la cuota de entrada y del canon de ventas;

b) duración del contrato y su base de renovación, momento y duración del preaviso;

c) derechos del franquiciador, anteriores a la cesión al franquiciado;

d) definición de los «derechos territoriales libres» otorgados al franquiciado, incluidos los posibles derechos sobre los sectores vecinos;

e) base para el reparto de los bienes afectados por el contrato, si éste terminara;

f) disposiciones sobre libertad o exclusividad del aprovisionamiento de productos, incluidos responsabilidad y coste de las partes;

g) condiciones de pago;

h) servicios suministrados por el franquiciado, como ayuda en el *merchandising*, promoción, publicidad, tecnología y procedimientos, asesoramiento en la gestión administrativa-comercial, consultoría financiero-fiscal, formación y condiciones de suministro de estos servicios y su posible coste.

i) obligación del franquiciado de suministrar cuentas y datos de explotación, recibir una adecuada formación y aceptar procedimientos de inspección.

3. El franquiciador garantizará al franquiciado, durante todo el periodo de vigencia del contrato, asistencia e información adecuadas y establecerá un contacto estrecho y continuo con él, normalmente a través de promotores o delegados competentes.

4. El franquiciador se mostrará fácilmente asequible y sensible a las llamadas del franquiciado. Se intercambiarán puntos de vista y se discutirán los asuntos importantes para mejorar la mutua comprensión y la identidad de intereses entre ambos.

5. El franquiciado suministrará al franquiciador sus datos de explotación para facilitar la determinación de resultados y ratios financieros y permitir un buen control de gestión. A este efecto, es esencial que permita en todo momento al franquiciador el acceso directo a sus locales y documentos.

6. El franquiciador dará al franquiciado toda la asistencia precisa para obtener y practicar la tecnología de la franquicia.

7. En caso de ruptura o cese de contrato, el franquiciado retirará inmediatamente el emblema, señalización y material de todo tipo relacionado con la cadena.

8. El franquiciador y franquiciado deberán respetar escrupulosamente la política general de la franquicia en temas comerciales y administrativos, tanto hacia dentro como hacia fuera en relación con el público en general.

9. Franquiciador y franquiciado no realizarán jamás en los campos penal, fiscal o comercial, acción alguna negativa que pueda dañar la reputación de la franquicia y de la marca.

10. El franquiciador empleará los medios necesarios que aseguren un suministro regular de aprovisionamiento y unos servicios empresariales serios, leales y de calidad.

11. Si el franquiciador, en la forma que sea, cediera a terceros la empresa de franquicia, garantizará, no obstante, al franquiciado la continuidad del contrato inicial en su totalidad.

12. Toda posible cláusula de «no competencia» aplicable al franquiciado tras la terminación del contrato deberá especificarse y delimitarse con exactitud en el propio contrato por lo que respecta a su duración y zona de aplicación.

13. El franquiciador hará todo lo posible para resolver las quejas y conflictos con sus franquiciados de buena fe y por propia voluntad, con contactos y negociaciones honestas y directas, concediendo al franquiciado plazos razonables para reparar las omisiones; y viceversa.

Finalmente, indicar que en estos momentos tanto el Instituto de Roma para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) como la Cámara de Comercio Internacional (C.C.I.) están preparando unos trabajos sobre franquicias, la primera una «*Guía legal de la franquicia internacional*», ya citada en la nota 180, y la segunda el «*Modelo de contrato de franquicia directa*» cuyo borrador se reproduce a continuación como Anexo al presente Capítulo, y cuyo texto aún no ha merecido la aprobación definitiva del Grupo de trabajo encargado de su elaboración, por lo que debe considerarse el mismo con las pertinentes reservas, y a título meramente ilustrativo.

## ANEXO

### MODELO DE CONTRATO DE FRANQUICIA INTERNACIONAL

Se incluye como Anexo al Capítulo 5 la traducción al castellano de un primer borrador en inglés elaborado por la Cámara de Comercio Internacional para contratos de franquicia internacional directa o unitaria, que está siendo analizado actualmente por el Grupo de Trabajo encargado de su redacción.

No se trata, por tanto, de un texto completo y definitivo de modelo contractual como los de agencia comercial y distribución reproducidos en los Capítulos 2 y 3, siendo la versión castellana que se ofrece una traducción oficiosa del borrador en lengua inglesa, lo que debe tenerse en cuenta dadas las posibles variaciones que se introduzcan en el texto y traducción definitivos, y en los anexos que deban acompañar a la versión final oficial.

Ello no obstante, se ha preferido ofrecer esta versión provisional del modelo contractual por recoger con claridad y amplitud los elementos y cláusulas esenciales de la franquicia que han sido analizados en el presente Capítulo.

### MODELO DE CONTRATO DE FRANQUICIA DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL PARA FRANQUICIAS INTERNACIONALES DIRECTAS O UNITARIAS

#### INTRODUCCIÓN

##### 1. Necesidad de información sobre contratos de franquicia

La importancia de la franquicia en la economía mundial se ha incrementado enormemente en los últimos veinticinco años. La franquicia permite la combinación de las técnicas de negocio y la reputación del franquiciador con el capital y la motivación de inversores locales; el resultado ha sido, en muchos casos, un crecimiento explosivo. Las empresas en franquicia se encuentran en casi todos los sectores del comercio, desde hoteles hasta servicios de empleo y restaurantes de comida rápida. El fenómeno comercial de la franquicia se inició en Norteamérica, y, en una segunda fase, en Europa occidental, pero en la actualidad se ha extendido a todo el mundo experimentando un rápido crecimiento tanto en Asia y en América Latina, como en los nuevos mercados de Europa oriental. Aunque las estadísticas sobre franquicia pueden resultar difíciles de comparar, al incluirse bajo esta denominación tipos de negocios distintos en diferentes países, una serie de estimaciones permiten ilustrar su impacto en la comunidad de negocios mundial. La franquicia representa un 35 % de las ventas en los U.S.A., un 45 % de las ventas de bienes y servicios en Canadá y un 4 % y 6 % de las de Francia y Japón, respectivamente. En Brasil las franquicias experimentan un crecimiento anual del 30 % y alrededor del 10 % en Australia y el Reino Unido.

Por lo tanto, a la luz de la continua expansión del uso y el más que probable crecimiento de la franquicia, hay una clara necesidad de un mejor conocimiento de las respectivas obligaciones del franquiciador y el franquiciado en las transacciones comerciales internacionales. Tal conocimiento no sólo es útil para las partes interesadas en entrar en una relación comercial de franquicia, sino esencial para los asesores legales, que pueden no estar familiarizados con los conceptos de la franquicia. No se puede recalcar sin embargo que la franquicia sea un campo de la práctica legal extremadamente complejo, ni que las partes debieran en todos los casos buscar asesoramiento de un consejero experto.

A ese fin, la C.C.I. ha desarrollado el adjunto Modelo de Contrato para Franquicias Internacionales Directas/Unitarias. Este modelo plantea una serie de ejemplos de cláusulas que cubren los elementos esenciales de un acuerdo entre franquiciador y franquiciado. Se espera que los hombres de negocios y abogados que estén ya implicados, o preparando la negociación de un acuerdo de franquicia, tengan este modelo como punto de referencia, comparación e inspiración, más que como modelo para ser seguido estrictamente. Según ya ha dicho en otras ocasiones la C.C.I., los modelos de contratos y formularios son herramientas profesionales que frecuentemente precisarán ser adaptados o modificados por un asesor legal experimentado.

## 2. Contenido

Aunque el análisis legal de la franquicia no es uniforme en todo el mundo, existe una distinción común que divide los acuerdos de franquicia en dos categorías. En la franquicia «unitaria» o «directa», el franquiciador (que ha desarrollado una técnica u operación comercial exitosa) confiere al franquiciado (un inversor local y socio) el derecho a explotar una única franquicia. Este acuerdo facilita un control máximo del franquiciador sobre los locales individuales, con la promoción del sistema de franquicia y marcas que usualmente permanecen en poder del franquiciador. Es éste el modelo de contrato desarrollado por la C.C.I.

Por contra, otro tipo de acuerdo es la «franquicia master», referida a un tipo de acuerdo en el que el franquiciador concede a un sub-franquiciador en un determinado territorio o país el derecho exclusivo de abrir locales franquiciados y/o conceder franquicias a sub-franquiciados.

Pese a ser la franquicia master la más utilizada en acuerdos internacionales de franquicias, el modelo de la C.C.I. ha sido preparado para su aplicación únicamente en franquicias internacionales de tipo directo o unitario. Una razón para ello es que las franquicias directas o unitarias existen a nivel internacional, si bien tienden a aplicarse principalmente cuando los dos países implicados son muy cercanos en términos geográficos o de lenguaje. Además, UNIDROIT prepara en la actualidad el borrador de una guía internacional de acuerdos de franquicia master, y el deseo de la C.C.I. ha sido evitar cualquier duplicación de esfuerzos en ese proyecto.

El presente contrato intenta presentar las principales obligaciones de las partes en una franquicia de tipo unitario o directo. El tema a menudo pro-

blematizado de la competencia está recogido en el texto del contrato en las áreas de «Know-how» (Sección V, artículos 19 a 21) y de exclusividad territorial (artículos 4 y 5). Adicionalmente, la estipulación del artículo 9 por la que el franquiciado debe cumplir con todas las instrucciones y requerimientos operacionales específicos, así como con los procedimientos de información y contabilidad establecidos por el franquiciador; y el artículo 20 que exige del franquiciador facilitar manuales revisados y un periodo de formación del franquiciado sobre una base regular, tratan de ayudar al franquiciador en su esfuerzo por mantener una imagen de calidad uniforme internacionalmente, mientras que al mismo tiempo se asegura al franquiciado su derecho a recibir información oportuna y asistencia comercial asidua.

Sin embargo, y para preservar los objetivos de ambas partes por lo que a cada contrato de franquicia en particular se refiere, las instrucciones para la ejecución de funciones comerciales específicas deberían en la mayoría de los casos aparecer en el manual de operaciones y no en el texto del contrato de franquicia.

## 3. Alcance

Debido a la enorme diversidad de prácticas de franquicia, no es recomendable buscar un único modelo estándar que cubra todos los posibles casos de franquicia. Por lo tanto, el modelo de contrato de franquicia de la C.C.I. se dirige a un subconjunto específico dentro de todas las opciones de franquicia: la franquicia directa o unitaria, internacional y comercial, excluyendo específicamente las licencias y las licencias de fabricación.

La C.C.I. comprende que la franquicia representa un fenómeno único mercedor de un trato especial. Los elementos fundamentales de un acuerdo de franquicia requieren una comprensión de los derechos de la propiedad intelectual, *Know-how* no patentado, acuerdos de no competencia, fiscalidad y otros elementos cruciales cuya legislación difiere marcadamente de un país a otro. Por esta razón, una vez más, deseamos llamar la atención de todos los potenciales lectores sobre la necesidad, en el caso de la franquicia, de obtener asesoramiento legal experimentado, dada la complejidad de los acuerdos contractuales comúnmente requeridos.

## MODELO DE CONTRATO DE FRANQUICIA

Para franquicias internacionales del tipo directo/unitario y comercial

### ENTRE:

...  
con sede social en ...  
aquí representada por ...  
en adelante el «franquiciador»

### Y

...  
con sede social en ...

aquí representada por ...  
en adelante el «franquiciado»

### PRÉAMBULO:<sup>1</sup>

Las partes han acordado lo siguiente:

#### Artículo 1. Propósito

El franquiciador concede al franquiciado el derecho a comercializar («fabricar») bajo franquicia los siguientes productos («servicios») aceptando este último llevar a cabo el acuerdo de franquicia de acuerdo con los términos de este contrato, en los locales y en el territorio definidos en el artículo 4: ...

#### Artículo 2. Posición legal del franquiciado

2.1. El franquiciado desarrolla sus actividades como comerciante independiente, en nombre y por cuenta propia.

Debe por lo tanto cumplir con los requisitos legales comunes a todos los comerciantes, en particular las reglas de aptitud, así como requisitos sociales, fiscales y comerciales.

Como comerciante independiente, el franquiciado correrá con todos los riesgos y se beneficiará de todas las ganancias propias de su actividad.

2.2. El franquiciado no es agente ni representante de ventas, ni empleador, ni socio del franquiciador.

El franquiciado no actúa como agente comisionista del franquiciador, no estando autorizado a contratar en nombre del franquiciador, ni a comprometer a éste con terceros, ni a hacer que obligación alguna surja a cargo del franquiciador.

1. En este preámbulo, las partes deberían describirse con precisión y establecer las razones de su colaboración. Deberían insistir en lo siguiente:

a) Respecto al franquiciador: presentación de la red de franquicias (reputación, calidad de los bienes, eficacia del concepto, resultados...) y de los derechos de propiedad intelectual incluidos (marcas, «Know-how»...).

b) Respecto al franquiciado: preservación de la red de franquicias y obtención de los objetivos del contrato, conocimiento del mercado en cuestión y su reputación comercial.

Por lo general las partes deberían indicar toda la información que se han comunicado antes de realizar el contrato de franquicia, incluyendo la referida a la organización de la red de distribución del franquiciador, detallando los documentos que el franquiciador ha transmitido al franquiciado.

Ya que en ciertos países, como Francia y los Estados Unidos, las partes están obligadas por una legislación especial que obliga al franquiciador a comunicar al franquiciado información detallada, a menudo muchas semanas antes de que las partes concluyan el contrato de franquicia, es necesario que las partes hagan confirmar por un asesor legal del país que toda la información requerida por las leyes del país donde será efectiva la franquicia así como por la ley elegida por las partes, ha sido transmitida en el plazo de tiempo exigido por ellas.

### Artículo 3. Derechos concedidos.

Con objeto de permitir al franquiciado desarrollar su negocio adecuadamente, el franquiciador le concede los siguientes derechos, bajo las condiciones que se desarrollan a continuación:

- a) el derecho a usar el diseño («logotipo») representado por ..., registrado como marca de producto («servicio») bajo el n.º ... (o el derecho a usar las técnicas de fabricación ... registradas como patente ...);
- b) el derecho a usar el nombre/signo ...;
- c) el derecho a tener acceso y el derecho de uso del «know-how», según viene definido en el anexo n.º 1 del presente contrato.
- d) el derecho a beneficiarse de la asistencia técnica, comercial, legal y de gestión del franquiciador, al inicio de la franquicia así como durante la vigencia de la misma, según viene definido en las secciones V y VI.
- e) el derecho a vender o usar los productos fabricados por el franquiciador, o de acuerdo con sus instrucciones y/o apoyando el nombre de la marca del franquiciador.

### Artículo 4. Territorio

El derecho a explotar la franquicia concedida por el franquiciador será ejercido en el territorio y desde los locales indicados en el anexo n.º 2 del presente contrato.

El franquiciado no cambiará la ubicación ni modificará los locales existentes sin el previo consentimiento escrito del franquiciador.

El franquiciado respetará la exclusividad concedida por el franquiciador a los otros franquiciados, y no desarrollará fuera de su territorio actividad alguna relacionada con ventas, comercialización o promociones, ni establecerá un lugar de fabricación para los productos (servicios).

### Artículo 5. Exclusividad

5.1. Durante la vigencia del presente contrato, y para el territorio indicado en el artículo 4, el franquiciador acuerda lo siguiente:

- no conceder en todo o en parte su franquicia a terceros;
- no dirigir el mismo la franquicia, en todo o en parte, ni comercializar los productos («servicios») cubiertos por esta franquicia, bajo un método similar;
- no suministrar, en todo o en parte, los productos («servicios») cubiertos por esta franquicia a terceros.

2. La exclusividad territorial absoluta no constituye la esencia del acuerdo de franquicia. Si el franquiciador no concede el presente acuerdo de franquicia a ningún tercero, ni tampoco la dirige el mismo, esto no afecta a la posibilidad del franquiciador de suministrar, al margen de cualquier red de distribución similar a una franquicia, dichos productos o servicios a un tercero.

Una alternativa posible a la cláusula de exclusividad se podría expresar de la siguiente manera:

ARTÍCULO 5: Sobre operaciones legales



Se considera tercero toda persona o compañía que, por ley o de facto, controla, es controlada, o está bajo control, en común con el franquiciador.

5.2. Durante la vigencia del presente contrato, el franquiciador:

- gestionará la franquicia únicamente en los locales mencionados en el artículo 1;

- se abstendrá de buscar clientes fuera del territorio definido en el artículo 4, para los productos (\*servicios) cubiertos por la franquicia.

#### Artículo 6. Duración

El presente contrato entra en vigor en la fecha de su firma por un periodo determinado de ... años, y se prorrogará automáticamente por periodos sucesivos de ... años a no ser que el franquiciador o el franquiciado lo denuncien al menos ... meses antes de la fecha de expiración del primer término o de cada término subsiguiente, por correo certificado o cualquier otro medio de comunicación escrita que permita la determinación precisa de la fecha de recepción de la notificación.

El presente contrato entra en vigor el día de su firma por un periodo indeterminado.

Cada parte puede dar por finalizado el contrato notificándolo antes de ... meses, por correo certificado o cualquier otro medio de comunicación escrita que permita la determinación precisa de la fecha de recepción de la notificación.

### SECCIÓN II:

#### Principios generales

#### Artículo 7. Buena fe

Las partes actuarán de buena fe en lo relativo a la interpretación y ejecución del presente contrato. En particular, emplearán sus mejores esfuerzos en ser diligentes, leales y cooperantes el uno con el otro.

Las partes acuerdan que la disposición antes mencionada constituye un deber esencial ya que define su relación en el ámbito del contrato.

#### Artículo 8. Observancia de las leyes nacionales

El franquiciado acatará todas las leyes aplicables y obtendrá todas las autorizaciones necesarias.

#### Artículo 9. Niveles de calidad del franquiciador

El franquiciado comercializará (\*fabricará) los productos (\*servicios) a los que se refiere el artículo 1, respetando la imagen de marca de la red del

En aplicación del artículo 3 del contrato, el franquiciador concede al franquiciado, en la presente condición del contrato, en el territorio y en la localización especificados en el anexo 2 del contrato, el derecho a comercializar (fabricar) los productos (servicios) de la franquicia a pesar del derecho a comercializar los productos (servicios) el mismo o con el uso de un intermediario, en el contexto de una red de distribución idéntica o similar.

franquiciador y bajo condiciones tales que aseguren una perfecta y homogénea composición.

Para asegurar este objetivo, el franquiciado cumplirá en particular las siguientes disposiciones:

#### 9.1. Locales

9.1.1. El franquiciado cumplirá estrictamente los términos definidos en las especificaciones del franquiciador, según vienen enunciadas en el anexo 3 del presente contrato, en todo lo referente a mobiliario y decoración de los locales así como a la presentación general de los productos (\*servicios).

En la fecha de firma del presente acuerdo, como muy tarde, el franquiciador dará al franquiciado una estimación aproximada de los costos de tal mobiliario, que correrán a cargo del franquiciado.

De producirse cualquier cambio sustancial durante la ejecución de este acuerdo, por parte del franquiciador, de las reglas establecidas más arriba, tales como instalaciones suplementarias, transformaciones, etc., los gastos correrán a cargo del franquiciador.

9.1.2. El franquiciado asegurará, a su cargo, el perfecto mantenimiento de los locales, al tiempo que cumplirá las instrucciones del franquiciador tal como están definidas en el anexo 3 del presente contrato.

#### 9.2. Derechos concedidos

9.2.1. El franquiciado tendrá el uso de los derechos de propiedad intelectual e industrial a los que se refiere el artículo 3, de acuerdo con los términos y dentro de los límites expresados a continuación. El franquiciado no usará estos derechos para otro propósito que no sea la comercialización de los productos (\*servicios) indicados en el artículo 1, y bajo ningún concepto los utilizará después de finalizar el presente contrato.

9.2.2. El franquiciado colocará, a su cargo, dentro y fuera de los locales, los signos distintivos de la franquicia, incluyendo el rótulo de establecimiento, que el franquiciador pondrá a disposición del franquiciado. Sin previo consentimiento expreso del franquiciador, a pesar de la aplicación del artículo 9.2.3, párrafo 2, el franquiciado no añadirá otros elementos distintivos.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 9.1.1, párrafo 3, los costes correrán a cargo del franquiciado, junto con los gastos de seguro, mantenimiento e impuestos, en su caso.

9.2.3. El franquiciado utilizará la denominación «...» en toda la correspondencia, facturas, así como en otros documentos comerciales y publicitarios empleados en el desarrollo de sus actividades, y en los vehículos comerciales y en los locales.

El franquiciado también exhibirá su propia denominación social así como cualquier otra identificación legal, de manera que no haya confusión posible entre franquiciador y franquiciado, sin que la identificación del franquiciado pueda dañar la imagen del logotipo, signos o denominaciones del franquiciador.

### 9.3. Imagen frente a los clientes

Para respetar la imagen que los clientes tienen de las marcas de fábrica y de comercio de la red, el franquiciado:

- desarrollará la franquicia conforme a los usos comerciales aplicables a la actividad de franquicia;
- mantendrá, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 26.1, un inventario suficiente de los productos relacionados en el artículo 1 que le permita satisfacer inmediatamente las demandas de los clientes.
- contratará el personal necesario, tanto en calidad como en cantidad, y se asegurará de que dicho personal cumpla las especificaciones del franquiciador en lo referente a su apariencia y su relación con los clientes. Tales especificaciones se encuentran en el anexo I del presente contrato;
- respetará escrupulosamente sus obligaciones «vis a vis» con los proveedores de los productos («servicios»), en particular pagándoles las cantidades adeudadas a su debido tiempo;
- sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11, no comercializará productos («servicios») que pudieran dañar la imagen de marca de la red;
- someterá cualquier programa de publicidad de su propia iniciativa al consentimiento previo y escrito del franquiciador, y tal consentimiento se referirá únicamente a la naturaleza del anuncio y no a las condiciones de venta, tales como el precio del anuncio;
- asegurará el inmediato cambio o reembolso de todos los productos («servicios») suministrados que no cumplan con los niveles de calidad tal como vienen definidos en el anexo I del presente contrato;
- tratará adecuada y diligentemente cualesquiera quejas de los clientes.

### 9.4. Métodos comerciales

9.4.1. El franquiciado aplicará los métodos comerciales establecidos por el franquiciador, desde un punto de vista técnico, comercial y de gestión, según se definen en las secciones V y VI del presente contrato.

El franquiciado no usará tales métodos para otro propósito que no sea la comercialización de los productos («servicios») referidos en el artículo 1, ni los usará después de la finalización del presente contrato.

9.4.2. Con el fin de mantener una identidad e imagen común en toda la red, el franquiciado está obligado a buscar asistencia y consejo del franquiciador para cualquier problema que pudiera aparecer y que no se encuentre contemplado en el artículo 9.4.1.

9.4.3. El franquiciado llevará a cabo las campañas de promoción y publicidad de acuerdo con los términos definidos en el artículo 17.

### 9.5. Proceso de control

9.5.1. El franquiciador tendrá acceso completo a los locales del franquiciado, ... veces por semestre, dentro de las horas y días laborables, con la finalidad de que el franquiciador se asegure de que el franquiciado cumple con los términos del presente contrato.

De igual manera, el franquiciador podrá pedir la asistencia de un especialista (auditor de la compañía, abogado, ...) con el fin de llevar a cabo una auditoría financiera y legal del negocio del franquiciado.

Los gastos de tales intervenciones correrán a cargo del franquiciador.

Por su parte, el franquiciado colaborará completa y lealmente con el franquiciador dando respuesta a sus preguntas (o las de cualquier otra persona autorizada), comunicándole de forma espontánea toda información que sea de su utilidad.

9.5.2. El franquiciado proporcionará al franquiciador, en un plazo de tiempo razonable, toda la información requerida sobre la situación comercial, financiera o técnica del negocio.

Cada ... meses el franquiciado proporcionará al franquiciador los siguientes documentos:

...

...

Por lo demás, el franquiciado proporcionará al franquiciador todos los documentos contables relevantes el último día de cada mes, con el fin de que el franquiciador pueda determinar las cuotas periódicas previstas en el artículo 14.

### Artículo 10. Protección de los derechos del franquiciador

10.1. El franquiciado se obliga a informar inmediatamente al franquiciador de cualquier usurpación o uso abusivo de la marca, el nombre comercial u otras abreviaturas, así como de cualquier acto de infracción o competencia desleal.

10.2. El franquiciado proporcionará al franquiciador ayuda necesaria en los procesos legales a fin de alcanzar una resolución favorable del pleito. El coste de tal asistencia correrá a cargo del franquiciado («franquiciador»).

Tras previa solicitud escrita, el franquiciado, si legalmente estuviera capacitado para hacerlo, iniciará procedimientos legales para obtener el reconocimiento de los derechos del franquiciador; los costes de tales procedimientos correrán a cargo del franquiciador («franquiciado»).

### Artículo 11. No Competencia

11.1. El franquiciado, en el ámbito territorial definido en el artículo 4:

- no ejercerá, directa ni indirectamente, actividad comercial de naturaleza similar, ni independientemente ni como empleado, por su propia cuenta o en nombre de y/o para cualquier otra persona, y por lo tanto comercializará los productos («servicios») de acuerdo con los términos contenidos en el presente contrato.

- no participará financieramente ni dará ayuda financiera al capital de una compañía competidora ni al capital de una de sus empresas filiales, cuando tal ayuda financiera o participación le permita tener alguna influencia en las actividades económicas de la compañía.

11.2. Si el franquiciado decidiera constituir una empresa no competidora, deberá comunicarlo previamente y por escrito al franquiciador.

11.3. El artículo 11.1 continuará en vigor durante el plazo de un año desde la finalización del presente contrato, independientemente de los motivos de dicha terminación.

11.4. Si el franquiciado no cumpliera con las disposiciones del presente artículo quedará obligado con el franquiciador, de pleno derecho y sin notificación previa, a una indemnización contractual de ...

El pago global contemplado en el párrafo precedente deberá actualizarse anualmente teniendo en cuenta los cambios y precios, de acuerdo con la fórmula siguiente:

$$\frac{\text{monto de indemnización} \times \text{índice } n+1}{\text{índice base } (n)}$$

#### Artículo 12. Confidencialidad

12.1. El franquiciado reconoce que toda la información remitida a su atención en el curso de su relación con el franquiciador, debe ser considerada «información confidencial».

En ocasiones, la expresión «información confidencial» no será aplicable, como en los casos siguientes:

- información ya revelada al público en general o que llegue a ser accesible al público por otros medios que los que constituyen un incumplimiento de las obligaciones generales del franquiciado.
- información que ya obre en poder del franquiciado en la fecha en que esta información le sea comunicada por el franquiciador, siempre que el franquiciado pueda demostrar ese conocimiento personal.
- información revelada al franquiciado por un tercero con derecho a revelar tal información, siempre que este tercero no esté sometido a un acuerdo de confidencialidad.

12.2. El franquiciado se compromete a no comunicar, directa o indirectamente, a terceros, la información confidencial recibida del franquiciador, salvo la necesaria para que el personal u otras personas desempeñen las obligaciones contenidas en el presente contrato.

12.3. El franquiciado se asegurará de que ni él ni miembro alguno de su personal ni otra persona que desempeñe las obligaciones del presente contrato, utiliza información confidencial para fines distintos de los contenidos en el presente contrato.

12.4. ... es considerada persona desempeñando las obligaciones reseñadas en el presente contrato, así como cualquier otra persona o sociedad que, de facto o por ley, controle, sea controlada o esté bajo control conjuntamente con el franquiciado.

12.5. Cuando se facilite la información de acuerdo con el artículo 12.2, el personal y las personas que desempeñen las obligaciones reseñadas en el presente contrato, habrán de ser informadas de la existencia del mismo, y de la naturaleza confidencial de la información comunicada.

El franquiciado se asegurará de que el personal y las personas que desempeñen las obligaciones reseñadas en el presente contrato, antes de recibir la información, cumplirán con las obligaciones de secreto y de no utilización

de la información confidencial impuestas en el presente contrato. En su contrato laboral se incluirá una cláusula mediante la que se otorgue al franquiciador capacidad para ejercer acciones directas contra el personal u otras personas en caso de no respetarse el pacto de confidencialidad.

En todo caso, el franquiciado responderá plenamente de cualquier revelación o utilización de información confidencial por parte de su personal o de otras personas controladas por él o bajo su control (\*incluso después de la marcha de tales empleados, comprendiendo los despedidos por el franquiciado).

12.6. El franquiciado no desvelará ni usará para ningún otro propósito la información confidencial, durante la vigencia del presente contrato, ni después de su finalización, cualquiera que sea la causa de la misma, así como en caso de transferencia según viene definida en el artículo 28, siempre que la información no haya llegado a ser de dominio público.

12.7. Caso de incumplimiento de estos términos, el franquiciado tendrá la obligación de indemnizar al franquiciador, sin necesidad de notificación previa, con la suma fija de ...

### SECCIÓN III Cánones/Precio

#### Artículo 13. Canon inicial

El franquiciado deberá pagar al franquiciador un canon inicial de ... para obtener el derecho de ser franquiciado y entrar en la red.

Este canon será pagado en el momento de la firma del presente contrato mediante entrega de un cheque certificado o transferencia de fondos.

Esta suma total cubre todos los beneficios otorgados al franquiciado por el franquiciador, abarcando la puesta en marcha de la franquicia (asistencia, formación, ...), sin incluir el suministro de bienes (\*servicios) definidos en el artículo 1, así como los gastos a cargo del franquiciado definidos en el artículo 9.1.1.

#### Artículo 14. Pagos periódicos

14.1. El franquiciado pagará mensualmente (\*trimestralmente) al franquiciador, a cambio de los beneficios otorgados por el presente contrato, un canon equivalente al ...% de la facturación del mes anterior.

La facturación se calculará en base a la cantidad total facturada por el franquiciado a todos los clientes, hayan sido pagados o no.

La cantidad facturada es el precio real (después de la deducción de cualquier descuento (salvo descuentos por pago al contado), incluyendo todos los gastos adicionales (como embalaje, transporte, seguro, ...) y los derechos o impuestos de importación, sin tener en cuenta si tales gastos, derechos o impuestos aparecen separadamente en la factura o nota de cargo.

14.2. Basándose en la información recibida del franquiciado de acuerdo con lo expuesto en el artículo 9.5.2, el franquiciador emitirá, al final de cada mes (\*trimestre) una factura a pagar ... días después de su emisión.

La factura debe ser emitida en la divisa designada por el franquiciador, y debe ser pagada en esa divisa al tipo de cambio más alto del día de emisión de la factura.

El pago será efectuado en la oficina principal del franquiciador.

14.3. El monto total de los cánones para cualquier periodo de seis meses (\*año) no puede ser inferior a ...

Este monto mínimo será modificado cada año el día correspondiente al de la firma del presente contrato de acuerdo con el índice siguiente ... sin que sea necesaria notificación previa.

El franquiciador expedirá una factura, si fuera necesario, cada seis meses, siendo tal factura pagadera de acuerdo con los términos expresados en el artículo 14.2.

14.4. En caso de impago, la suma adeudada estará sujeta al pago de un interés de penalización mensual de ..., sin que sea necesaria notificación previa por escrito.

14.5. El franquiciado obtendrá de un banco designado por el franquiciador, o sea ... (\* un banco de reputación internacional) una garantía de responsabilidad conjunta para todos los importes adeudados de acuerdo con el presente contrato por el franquiciado, limitada sin embargo a un monto máximo de ...

En un plazo máximo de ... días a contar desde la firma del presente contrato, el franquiciado proporcionará al franquiciador todos los documentos bancarios.

#### SECCIÓN IV

##### Marcas, marcas de fábrica (\* patentes)

###### Artículo 15. Derecho de uso exclusivo (\*no exclusivo)

El franquiciador concede al franquiciado el derecho exclusivo (\*no exclusivo) para hacer uso de las marcas de fábrica y de comercio (\*patentes) definidas en el artículo 3 del presente contrato, en el territorio definido en el artículo 4, pero tal uso sólo será concedido para la comercialización de los productos (\*servicios) definidos en el artículo 1.

###### Artículo 16. Obligaciones del franquiciador

16.1. El franquiciador garantiza:

- que las marcas definidas en el artículo 3 han sido legalmente registradas en el territorio definido, y que tales registros seguirán en vigor mediante pago puntual de todos los *royalties* adeudados, y renovación en plazo de todos los registros.
- que es el poseedor (\*tiene el derecho de uso) de las marcas y está, por lo tanto, calificado para conferir al franquiciado el derecho a usarlas.
- que el uso por parte del franquiciado de estos derechos no interfiere con los derechos de un tercero en el territorio mencionado en el presente contrato.
- que no existe en el momento de la firma del presente contrato, ninguna reclamación ni acción legal iniciada por terceros reclamando tener derecho sobre las marcas, ni acción previsible en el futuro.

16.2. El franquiciador acuerda prestar, durante la vigencia del presente contrato y hasta el final de la franquicia:

- el uso del signo o insignia de la marca de fábrica o de comercio ..., en tamaño ..., en el exterior de los locales, de acuerdo con los términos y condiciones de las instrucciones mencionadas en el anexo 3;

- ..., signos interiores mostrando la marca de fábrica o de comercio.

16.3. El franquiciador promoverá, nacional e internacionalmente la marca de fábrica o de comercio.

El franquiciador se esforzará por asegurar que el franquiciado se beneficie de tales promociones, particularmente por la identificación del negocio franquiciado.

Una vez al año, el franquiciador proporcionará al franquiciado su programa promocional y campaña publicitaria, requiriéndose de éste sugerencias y proposiciones para asegurar la eficacia de tales campañas.

Una vez se inicie una campaña publicitaria, el franquiciador proporcionará lo antes posible al franquiciado, a sus expensas y corriendo con todos los gastos, todos los materiales (insignias, folletos, posters, gadgets, catálogos, muestrarios, ...) necesarios.

###### Artículo 17. Obligaciones del franquiciado

El franquiciado promoverá la marca de fábrica o de comercio en el territorio definido en el artículo 4 del presente contrato y dedicará un presupuesto mínimo de ..., para alcanzar este objetivo.

###### Artículo 18. Colaboración

Las partes se consultarán y colaborarán mutuamente con el fin de asegurar que aumente el conocimiento público de la marca de fábrica o de comercio.

A fin de optimizar la comunicación entre franquiciador y franquiciado, el franquiciador establecerá una Asociación de Franquicia cuando haya diez (10) o más franquiciados en la red. Los encuentros de la Asociación se efectuarán a un ritmo regular, pero como mínimo cada ... (meses/años), debiendo asumir todos los costes los propios franquiciados.

#### SECCIÓN V

##### \*Know-how\*

###### Artículo 19. Derecho a uso no exclusivo

El franquiciador concede al franquiciado el derecho a adquirir y usar el \*know-how\*, tal y como viene definido en el anexo 1 del presente contrato.

###### Artículo 20. Obligaciones del franquiciador

20.1. El franquiciador asegurará la formación inicial y continua del franquiciado:

- a) antes del inicio de cualquier actividad, el franquiciador formará al franquiciado y a su personal a fin de familiarizarlos con los términos y con los procedimientos técnicos, financieros, comerciales y de gestión de la cadena.

Esta formación durará ... días, en los lugares y fechas indicados por el franquiciador.

Los costes de la organización de tal formación correrán a cargo del franquiciador, a excepción de los gastos de viaje y alojamiento que correrán a cargo del franquiciado (\*incluyendo gastos de viaje y alojamiento del personal del franquiciado).

b) Durante la presente franquicia, el franquiciador organizará, anualmente, durante el mes de ..., un seminario de formación de ... días, dirigido tanto al franquiciado como a su personal.

Este seminario se celebrará en los lugares y fechas indicados por el franquiciador.

Los costes de organización de este seminario de formación correrán a cargo del franquiciador, con excepción de los gastos de viaje y alojamiento que correrán a cargo del franquiciado (\*incluyendo los gastos de viaje y alojamiento del personal del franquiciado).

c) El franquiciador organizará, a petición del franquiciado y a cargo de este último, cursos de formación sobre temas específicos, en los lugares y fechas que indique el franquiciado.

20.2. El franquiciador, durante el programa de formación inicial, proporcionará al franquiciado una copia de todos los documentos titulados «...», así como cualquier otro material formativo que el franquiciador considere necesario.

El franquiciado velará por la conservación de todos los materiales con la debida diligencia.

Mientras dure el contrato y como mínimo ... veces al mes (trimestre), el franquiciador proporcionará, a su cargo, al franquiciado todas las notas referidas a los diversos aspectos del *know-how* especificado en el anexo 1, con el fin de aclarar la interpretación de ciertos puntos y de explicar experiencias del franquiciador y de otros franquiciados.

El franquiciado podrá participar en la redacción de estas notas o facilitar cualquier información que pudiera encontrar.

20.3. Caso de decidir el franquiciador realizar algún cambio en los métodos aplicados, deberá informar de ello por escrito inmediatamente al franquiciado.

Por lo tanto, el franquiciador, con una frecuencia regular de, como mínimo, ... veces al año y a sus expensas, proporcionará al franquiciado cualquier adaptación o nueva versión de las especificaciones contenidas en el anexo 1, a fin de asegurarse que el franquiciado siempre esté en posesión de un manual completamente actualizado.

#### Artículo 21. Obligaciones del franquiciado

21.1. El franquiciado desarrollará el «*know-how*» recibido del franquiciador de acuerdo con lo establecido en los artículos 20.1 y 20.2, así como los cambios realizados de conformidad con el artículo 20.3.

21.2. El franquiciado y los miembros de su personal deberán participar en los cursos iniciales de formación organizados por el franquiciador de conformidad con el artículo 20.

21.3. El franquiciado podrá realizar todas las sugerencias al franquiciador que sirvan para mejorar la red así como transmitir cualquier experiencia que haya podido obtener en el transcurso de su gestión de la franquicia.

El franquiciado acuerda ofrecer al franquiciador el uso de dicho «*know-how*» para provecho de la red de franquicia.

Todas las disposiciones mencionadas en el artículo 12 son, *mutatis mutandis*, aplicables al franquiciador.

El franquiciador proporcionará a los franquiciados todo el *know-how* necesario, asegurándose de que quedan informados los propios franquiciados de la naturaleza confidencial del mismo, y por lo tanto de que respetaran el secreto y la obligación de no usar esa información.

## SECCIÓN VI Asistencia

### Artículo 22. Asistencia

El franquiciador proporcionará al franquiciado la asistencia comercial, legal, técnica y de gestión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3, en las condiciones establecidas a continuación.

### Artículo 23. Obligaciones del franquiciador

23.1. El franquiciador asistirá al franquiciado, antes del inicio de cualquier actividad de la franquicia, proporcionándole los siguientes servicios:

- un estudio de mercado antes del lanzamiento del negocio de franquicia;

- una serie de especificaciones, incluyendo los estándares, que hagan referencia tanto a los arreglos y decoraciones de los locales así como a la presentación de los productos (servicios); una lista del equipo necesario requerido para el desarrollo del negocio; y un decorador para realizar tales arreglos;

- un modelo de términos de reembolso así como sugerencias sobre las adaptaciones a realizar por el franquiciado en lo relativo al territorio concedido;

- una promoción publicitaria para la apertura de sus locales con un presupuesto mínimo de ...; consejo sobre cualquier campaña publicitaria que realice el franquiciado para la apertura de la franquicia.

23.2. Durante la vigencia del presente contrato, el franquiciador:

- satisfará, en un plazo de tiempo razonable, cualquier solicitud del franquiciado referente a asistencia comercial, legal, técnica o de gestión;

- proporcionará al franquiciado, a solicitud de este último, cualquier información relativa a los resultados obtenidos por los otros franquiciados en el pasado año, así como de sus expectativas de ventas;

- realizará, al menos una vez al año (\*una vez cada dos años) un estudio de mercado;

- enviará, a su cargo y a solicitud del franquiciado, un representante de la franquicia, con el fin de suministrarle cualquier ayuda necesaria, por un tiempo máximo de ... días por año.

### SECCIÓN VII Suministro de los productos

#### Artículo 24. Obligación de suministro

El franquiciador suministrará al franquiciado, para la consecución de propósito de la franquicia, los productos a que se refiere el artículo 1, de acuerdo con los términos definidos a continuación.

#### Artículo 25. Obligación del franquiciador

25.1. El franquiciador dará cumplimiento al pedido de productos del franquiciado en un tiempo máximo de ... días a partir de la recepción del susodicho pedido.

25.2. Cualquier suministro de los bienes mencionados en el artículo 1 se registrará por:

a) las condiciones de entrega (indicar el Incoterm correspondiente), según vienen definidas e interpretadas por la Cámara de Comercio Internacional.

b) las condiciones generales de venta del franquiciador, contenidas en el anexo 4, siempre que no entren en conflicto con el punto a) del presente artículo ni con el presente contrato.

#### Artículo 26. Obligaciones del franquiciado

26.1. El franquiciado solamente se abastecerá de los productos específicos mencionados en el artículo 1, que provengan del franquiciador o de terceros designados por éste. Cuando esto no sea posible, especialmente por la naturaleza de los productos demandados, el franquiciado debe mantener los niveles de calidad definidos por el franquiciador.

Con el fin de satisfacer las necesidades de los clientes, el franquiciado adquirirá y mantendrá un stock mínimo de productos, representando un valor fijo de ... ( para el primer año, y consecuentemente un ...% de la facturación anual según se ha definido en el artículo 14.1). Tal valor será determinado con referencia al importe total de las compras del franquiciado, después de la deducción del IVA, reembolsos y descuentos otorgados por el franquiciador.

26.2. El franquiciado comprará productos del franquiciador por un valor mínimo total de:

..... para el primer año;

..... para el segundo año;

.....

Estos importes se determinarán en relación a las facturas del franquiciador, sin incluir el IVA y después de la deducción de cualesquiera premios, reembolsos y descuentos.

26.3. El franquiciado asegurará una facturación mínima, según viene definida en el artículo 14.1, de al menos un ...% el primer año, empezando el ... del año siguiente a la firma de este contrato, y subsiguientemente un aumento del ...% cada año.

(\*Cuando el franquiciado exceda este porcentaje mínimo para su año correspondiente, tendrá derecho a un ...% de descuento por el monto exceden-

te, que será otorgado por el franquiciador dentro de ... días del final del año financiero.)

Cada año las partes acordarán un objetivo de ventas para el año siguiente, y el franquiciado se asegurará de que se alcance por todos los medios posibles.

Las partes acuerdan que la no consecución de los objetivos definidos en este artículo por el franquiciado constituye un serio incumplimiento de contrato según se define en el artículo 30.

26.4. El franquiciado proporcionará al franquiciador, como máximo el último día laborable de cada trimestre, una estimación de los pedidos a realizar a lo largo de los tres meses siguientes.

El franquiciador no está obligado a atender los pedidos que difieran al menos un 30 % de dicha estimación, no siendo por ello responsable de los posibles perjuicios.

26.5. Como comerciante independiente, el franquiciado es libre de establecer cualquier precio de reventa de los productos.

El franquiciado, sin embargo, informará al franquiciador del precio pretendido, así como de los cambios en la fijación del precio (descuentos, rebajas, ...).

El franquiciador proporcionará al franquiciado un precio de reventa recomendado. Sin embargo, el incumplimiento por el franquiciado de tales recomendaciones no será considerado incumplimiento de contrato.

No obstante, y con ánimo de cooperación, el franquiciado intentará respetar tales recomendaciones a fin de asegurar una cierta armonización de la política de mercado y de las campañas publicitarias, y por lo tanto el franquiciado no otorgará rebajas y descuentos que puedan dañar la imagen de la red de franquicia.

26.6. El franquiciado es libre de establecer las condiciones de reventa de los productos, siempre y cuando quede obligado a asegurar a sus clientes la garantía del franquiciador.

El franquiciado contratará, a su cargo, una póliza de seguros según modelo que se une como anexo 5, de acuerdo con el importe y dentro de los términos a que se refiere dicho anexo.

En un plazo de ... días a contar de la firma del presente contrato, el franquiciado proporcionará al franquiciador prueba de la póliza de seguros contratada, así como de las primas abonadas. En cualquier momento el franquiciador puede pedir prueba del pago de las primas.

El franquiciado solicitará que la póliza de seguros contenga una cláusula de acuerdo con la cual la compañía de seguros informará al franquiciador de cualquier falta de pago de las primas.

### SECCIÓN VIII

#### Transferencia de contrato. Subcontratación

#### Artículo 27. Transferencia de contrato y subcontratación por el franquiciador

El franquiciador puede transferir o subcontratar alguno o todos los compromisos a los que se refiere el presente contrato.

El franquiciador, no obstante, informará al franquiciado de la transferencia o subcontratación por correo certificado en un plazo máximo de ... días después de la fecha de dicha transferencia.

Salvo acuerdo previo y expreso del franquiciado, el franquiciador es responsable junto con el receptor de la transferencia de todos los compromisos que existieran con anterioridad a la fecha de notificación.

#### Artículo 28. Transferencia de contrato y subcontratación por el franquiciado

28.1. El presente contrato se celebra en consideración de la persona del franquiciado, y por tanto éste no puede, sin el consentimiento escrito previo del franquiciador, transferir o subcontratar, sin cargo o de otra manera, a ningún tercero, todos o parte de los derechos y compromisos a los que se refiere el presente contrato.

Se considera tercero cualquier persona o corporación que controle, sea controlada o esté bajo control común del franquiciado.

28.2. El franquiciado debe proporcionar al franquiciador la dirección completa del candidato y los términos de la adquisición así como cualquier otra información solicitada por el franquiciador.

El franquiciador informará al franquiciado de su decisión por medio de carta certificada, en un plazo no superior a ... meses después de la recepción de la solicitud de transferencia del franquiciado. El silencio del franquiciador se considerará una negativa a la propuesta del franquiciado.

28.3. En consideración de la naturaleza del presente contrato, el franquiciador tiene plenas facultades para considerar al candidato propuesto y las condiciones de la adquisición.

La oferta de transferencia no puede, en modo alguno, dejar de mencionar que el candidato asumirá, para el pasado y para el futuro, los derechos y compromisos del franquiciado.

En caso de una oferta de subcontratación, ésta debe contener el acuerdo expreso del candidato de respetar la cláusula de confidencialidad contenida en el artículo 12.

28.4. Si el franquiciador accediese a la transferencia, el franquiciado:

- pagará al franquiciador al cabo de ... días de su acuerdo, la suma fija de ... que cubrirá los costos de formación y asistencia del receptor de la transferencia;

- respetará, por un periodo de un año desde la transferencia, la cláusula de no competencia del artículo 11, en el territorio definido en el artículo 4;

- será responsable juntamente con el receptor de la transferencia de todos los compromisos previos a la notificación del acuerdo del franquiciador a la transferencia.

### SECCIÓN IX

#### Finalización del contrato

#### Artículo 29. Fuerza mayor

29.1. Se suspenderá la ejecución del presente contrato cuando el franquiciado o el franquiciador no puedan cumplir sus compromisos a causa de circunstancias fuera de su control.

Se entiende por circunstancias fuera de su control las que consistan en eventos de los que ninguna parte sea responsable, y, como resultado, ninguna de ellas pueda cumplir sus compromisos, o si la producción de tales eventos pueden hacer impracticable el cumplimiento desde un punto de vista comercial o industrial.

Tales circunstancias incluyen guerras, desastres naturales, actos de las autoridades públicas, disputas sociales (huelgas, cierres, ...), siempre que tales circunstancias afecten directamente a la capacidad de cualquiera de las partes para cumplir sus obligaciones.

29.2. De producirse un acontecimiento de fuerza mayor, la parte que pretenda invocarlo, deberá informar de ello inmediatamente a la otra parte, en un plazo de ... días, por escrito, o por facsímil si fuera necesario, a menos que todos los medios de comunicación entre los países del franquiciado y el franquiciador estuvieran también afectados. En tal caso, la parte informará a la otra a la mayor brevedad posible. Si no pudiera hacerlo en el plazo de tiempo establecido, no se podrá beneficiar de la disposición contenida en el presente artículo.

La parte que reclame fuerza mayor dará todos los pasos necesarios para limitar los daños que pudieran ocasionarse como consecuencia del acontecimiento imprevisible.

Dicha parte también informará a la otra de la cesación de tal circunstancia con el riesgo de perder sus derechos en caso de no hacerlo.

29.3. Si tal circunstancia imprevisible durara no más de un mes, la otra parte podrá rescindir el presente contrato sin indemnización, por medio de correo certificado con un preaviso de ... días.

#### Artículo 30. Finalización prematura

30.1. En caso de incumplimiento del contrato por alguna de las partes, la otra podrá darlo por finalizado mediante notificación por correo certificado, si no se acusara recibido en un plazo de ... días desde la recepción de la carta, sin perjuicio del derecho a reclamar daños y perjuicios.

30.2. En caso de producirse situación de riesgo por posible insolvencia del franquiciado o el franquiciador, como por ejemplo, deudas, órdenes de embargo, débitos fiscales, deudas corporativas, retirada de créditos bancarios, así como en casos de quiebra, administración judicial u otros medios de liquidación voluntaria o forzosa, la otra parte podrá dar por finalizado el presente contrato, sin necesidad de preaviso, por medio de carta certificada, siendo la decisión inmediatamente efectiva al recibo de dicha carta, sin excluir el derecho a reclamar daños y perjuicios.

#### Artículo 31. Cambios relativos al accionariado

El presente contrato se dará / no se dará por finalizado, si hubiera un cambio significativo de los accionistas tanto respecto al franquiciado como al franquiciador.

Queda entendido que por cambio significativo se entiende cualquier modificación que afecte a la tenencia de la mayoría de las acciones que representen el capital social, o cambios relativos a facultades de voto ligadas a tales acciones.

**Artículo 32. Efecto**

32.1. Si se diera por finalizado el presente contrato, independientemente del motivo de la finalización, el franquiciado:

- dejará de usar los derechos definidos en el artículo 3;
- devolverá en un plazo de ... días a requerimiento escrito del franquiciador, todos los bienes suministrados por este último para la ejecución del presente contrato, independientemente de la forma o propósito (manual, catálogos, signos, muestras, ...) y objetos, incluyendo sus documentos y copias.
- suprimirá todo tipo de referencias directas o indirectas que pudieran hacer que los clientes recordaran su franquicia anterior
- retirará todo el stock que exista en el momento de la finalización, de acuerdo con el artículo 32.2.

32.2. Si se diera por finalizado el presente contrato, independientemente del motivo de la finalización, el franquiciador recuperará el stock existente en esa fecha, al precio inicial de venta.

Si se diera por finalizado el presente contrato, independientemente del motivo de la finalización, el franquiciador se asegurará de que el nuevo franquiciado designado para el mismo territorio se haga cargo de todo el stock existente a esa fecha al precio inicial de venta pagado al franquiciador.

**SECCIÓN X****Otros pactos****Artículo 33. Invalidez de una cláusula**

La declaración de nulidad de una cláusula del contrato no afectará al resto del mismo.

Sin embargo, las partes establecen que reemplazarán, siempre que sea posible, cualquier cláusula declarada inválida por otra cláusula que refleje su voluntad inicial, del modo más objetivo y leal posible.

**Artículo 34. Alcance del contrato**

34.1. El presente contrato contiene la totalidad de derechos y obligaciones de las partes, y sustituye a cualquier otro contrato previamente existente.

34.2. El presente contrato sólo puede ser modificado o enmendado por una cláusula escrita adicional fechada y firmada por ambas partes.

**Artículo 35. Renuncia**

La no aplicación o la expresa y específica derogación de una u otra de las disposiciones contenidas en el presente contrato, no puede ser interpretada por el franquiciado como renuncia a otras disposiciones.

**Artículo 36. Ley aplicable**

El presente acuerdo se regirá por las leyes de ...

**Artículo 37. Discrepancias**

Cualquier divergencia derivada directa o indirectamente del presente contrato, será definitivamente resuelta de acuerdo con las Normas de Conci-

liación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros, designados conforme a dichas Normas.

El lugar del arbitraje será ..., y el procedimiento se llevará a cabo en la lengua ...

Si apareciera una discrepancia relativa a la existencia, validez, ejecución, interpretación o finalización del presente contrato, sólo los Tribunales de ... serán competentes.

La presente cláusula se aplicará en caso de conexión, cuestión incidental, comparecencia judicial de terceros, así como en el caso de pluralidad de demandados.

HECHO en ..., el ...

en dos originales, de los que cada parte reconoce haber recibido el suyo individual.

**Anexos:**

1. Especificación del «Know-how» cedido por el franquiciador.
2. Especificación del territorio e identificación de los locales en los que se explotará la franquicia.
3. Instrucciones del franquiciador en cuanto a decoración y presentación de los locales.
4. Condiciones generales de venta del franquiciador.
5. Modelo de póliza de seguros a contratar por el franquiciado.